

Reasonable accommodation for persons with disabilities: Part of the right to equality and non-discrimination

Citation for published version (APA):

Waddington, L. (2018). Reasonable accommodation for persons with disabilities: Part of the right to equality and non-discrimination. In D. Goulas, & S. Kofinis (Eds.), Applying non-discrimination law / Η απαγόρευση των διακρίσεων στην πράξη (pp. 89-97). Hellenic League for Human Rights. https://www.academia.edu/37637121/Applying_non-discrimination_law_-_CE%97_CE%B1%CF%80_CE%B1%CE%B3%CF%8C%CF%81_CE%B5%CF%85%CF%83_CE%B7_%CF%84%CF%89_CE%BD_%CE%B4%CE%B9_CE%B1%CE%BA%CF%81_CE%AF%CF%83_CE%B5%CF%89_CE%BD_%CF%83%CF%84_CE%B7_CE%BD_%CF%80%CF%81_CE%AC_CE%BE_CE%B7_2018

Document status and date:

Published: 01/01/2018

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Η ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗ ΤΩΝ ΔΙΑΚΡΙΣΕΩΝ ΣΤΗΝ ΠΡΑΞΗ

APPLYING NON- DISCRIMINATION LAW

ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ 2018

Ε. Αγγελόπουλος
D. Anagnostopoulou
Δ. Γούλας
Σ. Κοφίνης
Δ. Λέντζης
Π. Μπουμπουχερόπουλος
Κ. Παπαϊωάννου
Κ. Pavlidou
Μ. Πικραμένος
Κ. Toridi
J. Tsiganou
L. Waddington

Επιμελητές:
Δ. Γούλας
Σ. Κοφίνης

Η απαγόρευση των διακρίσεων στην πράξη

Applying non-discrimination law

Ε. Αγγελόπουλος

D. Anagnostopoulou

Δ. Γούλας

Σ. Κοφίνης

Δ. Λέντζης

Π. Μπουμπουχερόπουλος

Κ. Παπαϊωάννου

Κ. Pavlidou

Μ. Πικραμένος

Κ. Topidi

J. Tsiganou

L. Waddington

Επιμελητές:

Δ. Γούλας

Σ. Κοφίνης

Καλλιτεχνική επιμέλεια:



sunnyside up
visual communication design

Φωτογραφία εξωφύλλου: Άλκης Τσορλίνης

ISBN: 978-618-81615-1-1

ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗ 2018

Περιεχόμενα

Συγγραφείς τόμου (με αλφαβητική σειρά).....	5
Συντομογραφίες περιοδικών	7
Πρόλογος	9
Εισαγωγή.....	11

Πρώτο μέρος: Δημόσιο Δίκαιο και Ανθρώπινα Δικαιώματα

Kyriaki Topidi - Religious visibility and non-discrimination in Europe: Towards a paradigm shift?.....	19
Μιχάλης Πικραμένος - Απαγόρευση των διακρίσεων και δημόσια λειτουργήματα: Το Συμβούλιο της Επικρατείας και η ερμηνεία των εθνικών και ενωσιακών κανόνων	34
Δημοσθένης Λέντζης - Οι πολλαπλές διακρίσεις στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης: Status quo και προοπτικές μεταβολής του.....	53
Στέργιος Κοφίνης - Η ιθαγένεια ως ύποπτος λόγος διάκρισης: Επεκτείνοντας την προστασία κατά των διακρίσεων στους πολίτες τρίτων χωρών (πρόσφυγες και μετανάστες).....	67

Δεύτερο μέρος: Εργατικό και εν γένει Ιδιωτικό Δίκαιο

Lisa Waddington - Reasonable Accommodation for Persons with Disabilities: Part of the Right to Equality and Non-Discrimination	89
Δημήτρης Γούλας - Οι διακρίσεις σε βάρος εργαζομένων με προβλήματα ψυχικής υγείας.....	98

Παναγιώτης Μπουμπουχερόπουλος - Η (ηθική) παρενόχληση στην εργασία
ως προσβολή της αξιοπρέπειας και ως διάκριση..... 127

Kyriaki Pavlidou - Religious Expression in the Workplace Before the European
Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union:
Discriminating Against a Fundamental Right?..... 146

Ευάγγελος Αγγελόπουλος - Η οικονομική ανάλυση του δικαίου των διακρίσεων –
Δικονομικές εκφάνσεις 164

Τρίτο Μέρος: Οι διακρίσεις στην πράξη

Despoina Anagnostopoulou - Intercultural dialogue (ICD)
as a tool against racism..... 181

Κωστής Παπαϊωάννου - Καταπολέμηση των διακρίσεων σε χώρα υπερηφάνως
ομοιογενή και δημοσιονομικώς ασφυκτιώσα 200

Joanna Tsiganou - Acute Discrimination in the Field of Entrepreneurship:
The case of Muslim Migrant and Roma Entrepreneurs in Contemporary
Greece under Crisis..... 207

Συγγραφείς τόμου (με αλφαβητική σειρά)

Ευάγγελος Αγγελόπουλος

LL.M., δικηγόρος

Despoina Anagnostopoulou

Associate Professor, Academic Coordinator of the UNESCO Chair of Intercultural Policy for an active citizenship and solidarity, Academic Coordinator of the Jean Monnet Centre of Excellence, University of Macedonia

Δημήτρης Γούλας

Δ.Ν., δικηγόρος

Στέργιος Κοφίνης

Δ.Ν., Πρωτοδίκης Δ.Δ.

Δημοσθένης Λέντζης

Επίκουρος Καθηγητής στη Νομική Σχολή Α.Π.Θ.

Παναγιώτης Μπουμπουχερόπουλος

Δ.Ν., δικηγόρος

Κωστής Παπαϊωάννου

Τέως Γενικός Γραμματέας Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, πρώην Πρόεδρος της Εθνικής Επιτροπής για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, εκπαιδευτικός-ιστορικός

Kyriaki Pavlidou

DFG and Einstein Foundation Berlin PhD Fellow at Freie Universität Berlin; LL.M. (University College London), LL.M. (Aristotle University of Thessaloniki)

Μιχάλης Πικραμένος

Σύμβουλος της Επικρατείας, Επίκουρος Καθηγητής στη Νομική Σχολή Α.Π.Θ.

Kyriaki Topidi

Senior Lecturer, University of Lucerne; Assistant Director, Center
for Comparative Constitutional Law and Religion

Joanna Tsiganou

Director of Research at EKKE

Lisa Waddington

European Disability Forum Chair in European Disability Law, Maastricht University (NLs)

Συντομογραφίες περιοδικών

Αρμ	Αρμενόπουλος
ΔΕΕ	Δίκαιο Επιχειρήσεων και Εταιρειών
ΔΕΝ	Δελτίο Εργατικής Νομοθεσίας
ΔΦΝ	Δελτίο Φορολογικής Νομοθεσίας
ΕΔΔΔ	Επιθεώρηση Δημοσίου και Διοικητικού Δικαίου
ΕΔΠΑ	Επετηρίδα Δικαίου Προσφύγων και Αλλοδαπών
ΕΕΕυρΔ	Ελληνική Επιθεώρηση Ευρωπαϊκού Δικαίου
ΕΕργΔ	Επιθεώρηση Εργατικού Δικαίου
ΕλλΔνν	Ελληνική Δικαιοσύνη
ΕΜεΔ	Επιθεώρηση Μεταναστευτικού Δικαίου
ΝοΒ	Νομικό Βήμα
AuA	<i>Arbeit und Arbeitsrecht</i>
ArbRAktuell	<i>Arbeitsrecht Aktuell</i>
BB	<i>Betriebsberater</i>
ChinJIntL	<i>Chinese Journal of International Law</i>
CJICL	<i>Cambridge Journal of Int'l and Comparative Law</i>
CLP	<i>Current Legal Problems</i>
CMLR	<i>Common Market Law Review</i>
ColumJEurL	<i>Columbia Journal of European Law</i>
ColumJTransnat'l L	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
Cornell L.Rev.	<i>Cornell Law Review</i>
Duke LJ	<i>Duke Law Journal</i>
EADLR	<i>European Anti-Discrimination Law Review</i>
ELJ	<i>European Law Journal</i>
ELR	<i>European Law Reporter</i>
ELLJ	<i>European Labour Law Journal</i>
ErasmusLRev	<i>Erasmus Law Review</i>
EurEconRev	<i>European Economic Review</i>
EYDL	<i>European Yearbook of Disability Law</i>
GeoLJ	<i>Georgetown Law Journal</i>
HarvWomen's LJ	<i>Harvard Women's Law Journal</i>

HREL	<i>Hellenic Review of European Law</i>
HRQ	<i>Human Rights Quarterly</i>
IJDL	<i>International Journal of Discrimination and the Law</i>
ILJ	<i>Industrial Law Journal</i>
JEL	<i>Journal of Economic Literature</i>
JEP	<i>The Journal of Economic Perspectives</i>
JSociol.	<i>Journal of Sociology</i>
LS	<i>Legal Studies</i>
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht</i>
NQHR	<i>Netherlands Quarterly of Human Rights</i>
NYLS LR	<i>New York Law School Law Review</i>
NZA	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
OJLS	<i>Oxford Journal of legal studies</i>
RdA	<i>Recht der Arbeit</i>
RDT	<i>Revue de droit du travail</i>
RDUE	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
RIDcomp	<i>Revue internationale de droit compare</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal compare</i>
SAE	<i>Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen</i>
ScStL	<i>Scandinavian Studies in Law</i>
StanLRev	<i>Stanford Law Review</i>
TERR	<i>The Equal Rights Review</i>
UChi LF	<i>University of Chicago Legal Forum</i>
VillLRev	<i>Villanova Law Review</i>
YaleLJ	<i>Yale Law Journal</i>
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>

Πρόλογος

Το βιβλίο αυτό περιλαμβάνει τις περισσότερες από τις εισηγήσεις του Διεθνούς Συνεδρίου με γενικό τίτλο «Η απαγόρευση διακρίσεων στην πράξη» που διοργανώθηκε από τον Τομέα Δημοσίου Δικαίου και Πολιτικής Επιστήμης της Νομικής Σχολής του Α.Π.Θ. και από την Ελληνική Ένωση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου και πραγματοποιήθηκε στις 3 και 4 Μαρτίου 2017 στη Θεσσαλονίκη.¹ Ο στόχος του Συνεδρίου ήταν διπτός: αφενός να αναπτυχθούν οι βασικές έννοιες της απαγόρευσης των διακρίσεων και να παρουσιάσουν οι νέες εξελίξεις γύρω από αυτή μέσα από τις εισηγήσεις ειδικών επιστημόνων από την Ελλάδα και την Ευρώπη· αφετέρου να συγκεντρώσει στο ίδιο φόρουμ συζήτησης όλους τους φορείς που εμπλέκονται στην εφαρμογή των διατάξεων περί απαγόρευσης διακρίσεων στην πράξη: δικηγόρους, δικαστές, ανεξάρτητες αρχές, ακαδημαϊκή κοινότητα, δημόσια διοίκηση, κοινωνία των πολιτών.

Το βασικό ερώτημα που τέθηκε σε όλους τους ομιλητές, ερώτημα που διατρέχει και το ανά χειράς βιβλίο, είναι «γιατί η απαγόρευση διακρίσεων έχει τόσο μικρή διείσδυση στην ελληνική έννομη τάξη;». Με άλλα λόγια, γιατί έχουμε τόσο λίγες δικαστικές αποφάσεις για υποθέσεις διακρίσεων, πλην του φύλου; Η αναζήτηση απάντησης στο ερώτημα αυτό καθόρισε και τη δομή του Συνεδρίου, το οποίο δεν επικεντρώθηκε σε κάποια συγκεκριμένη μορφή διακρίσεων (π.χ. αναπηρία ή ηλικία), ώστε να επιδιώξει την εμβάθυνση στα νομικά ζητήματα που άπτονται αυτής, αλλά αντιμετώπισε το ζήτημα της απαγόρευσης διακρίσεων σφαιρικά, ως ένα σύνθετο κοινωνικό-νομικό φαινόμενο. Ευελπιστούμε ότι τα κείμενα του τόμου, τα περισσότερα από τα οποία αποτελούν τις γραπτές αποδόσεις, χωρίς περαιτέρω επικαιροποίηση, των προφορικών εισηγήσεων του Συνεδρίου, λειτουργούν ως ένας οδηγός προς την κατεύθυνση της απάντησης αυτής. Η επιλογή της δωρεάν ηλε-

¹ Το πλήρες πρόγραμμα και ειδικότερες πληροφορίες του συνεδρίου καθώς και τα πλήρη βίντεο των εργασιών του βρίσκονται διαθέσιμα στην ιστοσελίδα του: <http://nondiscrimination.law.auth.gr>

κτρονικής κυκλοφορίας του βιβλίου, άλλωστε, αποτελεί από μόνη της μια μικρή συμβολή προς την ίδια κατεύθυνση, διευκολύνοντας την πρόσβαση των ενδιαφερομένων στην αναγκαία γνώση γύρω από το ζήτημα.

Η διοργάνωση του Συνεδρίου και η έκδοση του παρόντος βιβλίου δεν θα ήταν δυνατή χωρίς την ευγενική χορηγία του Ιδρύματος Ωνάση, το οποίο ευχαριστούμε θερμά και από τη θέση αυτή. Ομοίως, οφείλουμε ευχαριστίες στα μέλη της οργανωτικής και της συντονιστικής επιτροπής του Συνεδρίου, στους ομιλητές και στις ομιλήτριες καθώς και σε όσους και όσες συνέβαλαν ενεργά στην επιτυχή διεξαγωγή του.

Θεσσαλονίκη, Φεβρουάριος 2018,
Δημήτρης Γούλας – Στέργιος Κοφίνης

Εισαγωγή

Δημήτρης Γούλας - Στέργιος Κοφίνης

1. Η θέση του ζητήματος: πώς εφαρμόζεται η απαγόρευση διακρίσεων στην Ελλάδα στην πράξη;

Δεν μπορεί κανείς να υποστηρίξει βάσιμα σήμερα ότι η ελληνική κοινωνία είναι απαλλαγμένη από διακρίσεις. Αντιθέτως, είναι πολλαπλώς τεκμηριωμένη (αλλά και ευκόλως αντιληπτή από τον ευαισθητοποιημένο παρατηρητή) η ύπαρξη εκτεταμένων εμφανών και αφανών διακρίσεων σε βάρος πολλών και διαφορετικών ομάδων πληθυσμού στην Ελλάδα σήμερα: δημόσια κτίρια και δρόμοι που είναι απροσπέλαστα για τους ανθρώπους που χρησιμοποιούν αναπηρικό αμαξίδιο ή που έχουν προβλήματα όρασης, μειωμένα νομικά δικαιώματα σε ζητήματα οικογενειακού δικαίου για ομόφυλα ζευγάρια, προβληματική (ακόμη και μετά τον ν. 4491/2017) διευθέτηση των ζητημάτων μεταβολής φύλου, χαμηλότερες αμοιβές και «γυάλινη οροφή» στη σταδιοδρομία των γυναικών, δυσμενέστερη μεταχείριση των λοιπών, πλην της κρατούσας, θρησκειών σε ζητήματα ίδρυσης ευκτηρίων οίκων, χώρων λατρείας και νεκροταφείων, εν τοις πράγμασι αποκλεισμός των Ρομά από την κοινωνική, πολιτική και οικονομική δραστηριότητα, ραγδαία αύξηση του ρατσιστικού λόγου, αλλά και της ρατσιστικής βίας, ιδίως σε βάρος προσφύγων και μεταναστών,¹ σχολική γκετοποίηση παιδιών ευάλωτων ομάδων, διακρίσεις στην πρόσληψη ατόμων λόγω φυλής, θρησκείας ή ασθένειας, θεσμικός ρατσισμός στα σώματα ασφαλείας... Η λίστα των ζητημάτων διάκρισης που μπορεί να εντοπίσει κανείς είναι κυριολεκτικά ατελείωτη και διαρκώς ανανεούμενη.

1 Βλ. ενδεικτικά τα συμπεράσματα της σχετικής ημερίδας του Συνηγόρου του Πολίτη σε Β. Καρύδης – Κ. Λυκοβαρδή (επιμ.), *Ρητορική Μίσους και Διακρίσεις – Προκλήσεις για το Κράτος Δικαίου*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2017.

Από την άλλη πλευρά, σε αντίθεση προς αυτό που θα υποδείκνυε η πιο πάνω ανάγνωση της κοινωνικής πραγματικότητας, το δίκαιο αντιμετώπισης των διακρίσεων, με εξαίρεση την περίπτωση των διακρίσεων λόγω φύλου και δευτερευόντως λόγω ηλικίας, βρίσκεται στην Ελλάδα σε εμβρυϊκή κατάσταση. Μολονότι οι ευρωπαϊκές οδηγίες περί απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω φυλής, αναπηρίας, θρησκείας κλπ. έχουν ενσωματωθεί στην ελληνική έννομη τάξη ήδη από το 2005, οι δικαστικές αποφάσεις που τις επικαλούνται μπορούν να μετρηθούν στα δάχτυλα του ενός χεριού (αλλά ακόμα και σε αυτές τις ελάχιστες αποφάσεις η ερμηνεία των οδηγιών δεν είναι πάντοτε επιτυχής). Αντιστοίχως, χαρακτηριστικό είναι επίσης το γεγονός ότι, αν και το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης ασχολείται πάρα πολύ συχνά με προδικαστικά ερωτήματα σχετικά με τις Οδηγίες περί μη διάκρισης, ούτε ένα προδικαστικό ερώτημα δεν έχει υποβληθεί από ελληνικό δικαστήριο για οποιονδήποτε λόγο αθέμιτης διάκρισης πλην του φύλου. Αντιθέτως, στο Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (όπου η διαδικασία κινείται με ατομική προσφυγή των θιγομένων ατόμων και όχι με πρωτοβουλία των εθνικών δικαστηρίων) υπάρχουν αξιοσημείωτες υποθέσεις (όπως λ.χ. οι I.B. κατά Ελλάδος, Βαλλιανάτος κατά Ελλάδος κλπ.) στις οποίες η χώρα μας καταδικάστηκε για παραβίαση των αντίστοιχων διατάξεων της ΕΣΔΑ περί μη διάκρισης. Παρομοίως, μολονότι στη διεθνή νομική βιβλιογραφία τα ζητήματα της μη διάκρισης είναι εξαιρετικά δημοφιλή και επίκαιρα, η εγχώρια βιβλιογραφική κάλυψη του συγκεκριμένου πεδίου είναι εξαιρετικά περιορισμένη.

Μια πρώτη απάντηση μπορεί πιθανώς να αποτελεί αυτό που επισήμανε, κατά τις εργασίες του Συνεδρίου, ο γερμανός δικηγόρος και ειδικός σε ζητήματα διακρίσεων λόγω αναπηρίας *Oliver Tolmein*: «Οι υποθέσεις διακρίσεων είναι δύσκολο να πάνε στα δικαστήρια, διότι η απαγόρευση διακρίσεων δεν έχει ρίζες στο εθνικό δίκαιο των κρατών της ηπειρωτικής Ευρώπης». Πράγματι, αυτή η διαπίστωση ίσως να εξηγεί τη μεγάλη ποσοτική διαφορά που παρατηρείται μεταξύ των υποθέσεων διάκρισης λόγω φύλου και των υποθέσεων για λοιπούς λόγους διάκρισης που φθάνουν στα ελληνικά δικαστήρια: η ισότητα των φύλων εισήχθη στο ελληνικό Σύνταγμα το 1975 ως ένα ώριμο τότε αίτημα της ελληνικής κοινωνίας και οδήγησε σύντομα σε μείζονες μεταβολές σε σημαντικούς τομείς εννόμων σχέσεων, όπως το οικογενειακό δίκαιο. Η έντονη θεσμική αποτύπωση ενός αιτήματος δεκαετιών λειτούργησε καταλυτικά σε συμβολικό επίπεδο και επέτρεψε τη μέγιστη δυνατή εμπέδωση της έμφυλης ισότητας από τα κοινωνικά υποκείμενα, τα οποία δρώντας είτε ατομικά είτε συλλογικά έσπευσαν να διεκδικήσουν την άρση των νομικών ανισοτήτων μεταξύ των φύλων σε ποικίλες εκφάνσεις της κοινωνικής, οικονομικής και πολιτικής ζωής. Η δε θετική, σε γενικές γραμμές, ανταπόκριση των αρμόδιων δικαστηρίων στις υποθέσεις αυτές, απότοκο ακριβώς της ευαισθητοποίησης και των μελών του δικαστικού σώματος (όπου άλλωστε αυξανόταν με γεωμετρική πρόοδο η παρουσία των γυναικών) στα ζητήματα της ισότητας των φύλων, λειτούργησε πολλαπλασιαστικά ως προς τη σχετική δικαστική ύλη, καλλιεργώντας βάσιμες ελπίδες επιτυχίας σε δικηγόρους και διαδίκους.

Αυτό το φαινόμενο της χιονοστιβάδας δεν επαναλήφθηκε όσον αφορά τους υπόλοιπους λόγους διάκρισης (φυλή, ηλικία, θρησκευτικές πεποιθήσεις, αναπηρία κ.λπ.), οι οποίοι εισήχθησαν στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης με τις δύο Οδηγίες του 2000,² λίγους μόλις μήνες μετά την ανάθεση της σχετικής αρμοδιότητας στα όργανα της ΕΕ από το πρωτογενές δίκαιο με τη Συνθήκη του Άμστερνταμ. Οι Οδηγίες αυτές μεταφέρθηκαν στην ελληνική έννομη τάξη με τον ν. 3304/2005, δηλαδή αρκετά μετά από την τριετή προθεσμία μεταφοράς που οι ίδιες όριζαν. Η μεταφορά αυτή θα μπορούσε να χαρακτηριστεί και μεταφύτευση σε μη φιλόξενο έδαφος: για διαφορετικούς σε κάθε περίπτωση λόγους, η ελληνική κοινωνία («υπερρφάνως ομοιογενής», κατά τη διατύπωση του τίτλου της εισήγησης του Κωστή Παπαϊωάννου) δεν ήταν έτοιμη να υποδεχθεί τους νέους αυτούς λόγους διάκρισης και η ελληνική πολιτεία δεν έδειξε, αντίστοιχα, ιδιαιτέρως πρόθυμη στο να προβεί σε ριζικές θεσμικές αλλαγές που θα έδιναν το σήμα της μεταβολής των αντιλήψεων. Το νέο τότε νομοθετικό πλαίσιο εισήχθη σε καθεστώς γενικευμένης αδιαφορίας και διήλθε τον βίο του χαμένο σχεδόν στη λήθη. Σε τέτοιο βαθμό που, όταν έφθασε η ώρα να αντικαταστεί με τον ν. 4443/2016, οι συζητήσεις στη Βουλή και στα μέσα ενημέρωσης λάμβαναν χώρα έχοντας περίπου ως δεδομένο ότι επρόκειτο για την πρώτη εισαγωγή των σχετικών απαγορεύσεων διάκρισης στην ελληνική έννομη τάξη.

Ελλείψει σχετικής συζήτησης στην ελληνική κοινωνία για την ύπαρξη και σημασία των διακρίσεων που αναφέρθηκαν ανωτέρω, η απαγόρευση των επιμέρους λόγων διάκρισης αντί να αποτελέσει το εφελκυστικό μεταβολής των στερεοτυπικών αντιλήψεων, έγινε αντιληπτή υπό το διαστρεβλωτικό πρίσμα των ίδιων αυτών προκαταλήψεων που θέλει να αντιμετωπίσει: η αντίληψη περί εθνικής και θρησκευτικής ομοιογένειας δεν αφήνει χώρο προσέγγισης της φυλετικής ή θρησκευτικής ετερότητας, η αναπηρία δεν αντιμετωπίζεται με όρους ένταξης στον επαγγελματικό και κοινωνικό βίο, αλλά ως ζήτημα κοινωνικής πρόνοιας ή, στη χειρότερη περίπτωση, ως διέξοδος πρόωρης απόσυρσης από τον εργασιακό βίο, η χρόνια ασθένεια γίνεται αντιληπτή ως (δυνάμει μεταδοτικό) μiasma, η ηλικία δεν είναι παρά μια φυσική κατάσταση, την οποία πρέπει να αποδεχθεί ο καθένας μαζί με τους περιορισμούς που τη συνοδεύουν, η ομοφυλοφιλία δεν ενοχλεί όσο περιορίζεται στον αυστηρά ιδιωτικό χώρο του σπιτιού κ.ο.κ. Η δημοσιονομική κρίση των τελευταίων ετών δεν βελτίωσε φυσικά την κατάσταση αυτή: Όπως αποτυπώνεται στα διαθέσιμα στοιχεία του ευρωβαρόμετρου, οι Έλληνες σε ποσοστό 80%, το υψηλότερο μεταξύ όλων των κρατών μελών της ΕΕ, θεωρούν πως η οικονομική κρίση έχει καταστήσει λιγότερο σημαντικές τις πολιτικές καταπολέμησης των διακρίσεων στη χώρα τους.³

2 Οδηγίες 2000/43/ΕΚ «περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής» και 2000/78/ΕΚ «για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία».

3 Βλ. λ.χ. τα στοιχεία της προηγούμενης ειδικής έρευνας του Ευρωβαρόμετρου: European Commis-

Από αυτή την άποψη, γίνεται ευκολότερα αντιληπτή η αναιμική συγκομιδή αποφάσεων της ελληνικής νομολογίας των δεκατριών ετών που μεσολάβησαν από την υιοθέτηση της σχετικής νομοθεσίας: Ούτε οι δικηγόροι ούτε οι δικαστές ούτε φυσικά τα ίδια τα θύματα των διακρίσεων φαίνεται να έχουν επίγνωση των δυσμενών διακρίσεων που λαμβάνουν χώρα⁴ και, το σπουδαιότερο, της ύπαρξης νομοθεσίας αντιμετώπισής τους. Η υπέρβαση της κατάστασης αυτής δεν μπορεί παρά να γίνει μέσα από την ενεργοποίηση των μηχανισμών δημοσίου διαλόγου· κομβικός εδώ ο ρόλος τόσο των εξειδικευμένων μη κυβερνητικών οργανώσεων όσο και του Συνηγόρου του Πολίτη ως κατεξοχήν φορέα ίσης μεταχείρισης στην ελληνική έννομη τάξη.⁵

2. Η δομή και τα περιεχόμενα του βιβλίου

Δουλεύοντας πάνω σε αυτό το υπόβαθρο (κοινό άλλωστε και σε άλλες χώρες της ηπειρωτικής Ευρώπης), οι συντάκτες των κεφαλαίων του βιβλίου βοήθησαν να αναδειχθούν οι διαφορετικές πτυχές της απαγόρευσης διακρίσεων σήμερα, τόσο στη θεωρία όσο και στην πράξη. Η επιλογή του θέματος της εισήγησης από κάθε συμμετέχοντα επιτρέπει να εξαχθούν ορισμένα συμπεράσματα ως προς τις γενικές τάσεις που κυριαρχούν στη συζήτηση γύρω από την απαγόρευση διακρίσεων στην Ευρώπη σήμερα. Στις κυριότερες από αυτές συγκαταλέγονται τα ζητήματα που σχετίζονται με την παρουσία όλο και μεγαλύτερων μουσουλμανικών πληθυσμών στις ευρωπαϊκές κοινωνίες (*Topidi* και *Παυλίδου*), η αναπηρία στις διάφορες εκδοχές της (*Waddington* και *Γούλας*), τα ερωτήματα γύρω από τη μεταχείριση μεγάλων μεταναστευτικών και προσφυγικών πληθυσμών και την υπέρβαση των πολιτισμικών διαφορών (*Κοφίνης*, *Αναγνωστοπούλου*, *Παπαϊωάννου* και *Τσίγκανου*) και

sion, DG Justice, *Special Eurobarometer 393 – Discrimination in the EU in 2012*, http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_393_en.pdf (τελ. επίσκεψη 10 Φεβρουαρίου 2018), σ. 83.

4 Σύμφωνα με την πλέον πρόσφατη έκθεση του Ευρωβαρόμετρου μόλις το 5% των Ελλήνων (το χαμηλότερο ποσοστό στην Ευρώπη) πιστεύουν ότι ανήκουν σε πληθυσμιακή ομάδα που κινδυνεύει από διακρίσεις [βλ. European Commission, DG Justice, *Special Eurobarometer 437 – Discrimination in the EU in 2015* <http://ec.europa.eu/COMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/2077> (τελ. επίσκεψη 10 Φεβρουαρίου 2018), σ. 12] και μόλις το 11% (και πάλι το χαμηλότερο ποσοστό στην Ευρώπη) δήλωσαν ότι υπέστησαν διακρίσεις εντός των τελευταίων 12 μηνών (*ibid.*, σ. 69).

5 Ένα άλλο χαρακτηριστικό εύρημα του Ευρωβαρόμετρου είναι ότι οι Έλληνες, σε ποσοστό 76% (από τα υψηλότερα στην Ευρώπη) πιστεύουν ότι πρέπει να υιοθετηθούν νέα μέτρα για την αντιμετώπιση των διακρίσεων σε βάρος των ευάλωτων ομάδων (*ibid.*, σ. 90). Αυτό αφενός δείχνει την ύπαρξη ευαισθησίας στο θεωρητικό ενδεχόμενο διακρίσεων (μολονότι οι υπαρκτές στην ελληνική κοινωνία διακρίσεις περνούν απαρατήρητες), αφετέρου τη διάχυτη άγνοια ως προς την – ήδη επαρκέστατη και πριν τον ν. 4443/2016 – νομοθεσία κατά των διακρίσεων.

η αξία των ειδικότερων εννοιών και εργαλείων της απαγόρευσης διακρίσεων σε διάφορους τομείς εννόμων σχέσεων (Πικραμένος, Λέντζης, Μπουμπουχερόπουλος και Αγγελόπουλος).

Το βιβλίο διαρθρώνεται σε τρία μέρη που αντικατοπτρίζουν τις βασικές σφαίρες στις οποίες αναπτύσσεται η απαγόρευση των διακρίσεων στις μέρες μας: α) Δημόσιο Δίκαιο και Ανθρώπινα Δικαιώματα, β) Εργατικό και εν γένει Ιδιωτικό Δίκαιο, γ) Οι διακρίσεις στην πράξη.

Το πρώτο μέρος προσεγγίζει την απαγόρευση διακρίσεων ως κατεξοχήν ζήτημα ανθρωπίνων δικαιωμάτων, όπως αναπτύσσεται ιδίως στο πεδίο του δημοσίου δικαίου. Σε αυτό το πλαίσιο:

Η *Κυριακή Τοπίδη* συζητά ένα από τα πλέον αμφιλεγόμενα ζητήματα των τελευταίων ετών στην Ευρώπη: την απαγόρευση της ισλαμικής μαντίλας στους δημόσιους χώρους. Μέσα από μια ενδελεχή παρουσίαση των διαφορετικών προσεγγίσεων της θρησκευτικής ουδετερότητας και της *laïcité* σε συγκριτικό εθνικό και ευρωπαϊκό επίπεδο, η συγγραφέας εξερευνά με ιδιαίτερη διορατικότητα τα σημεία όπου συναντώνται η παραδοσιακή φιλελεύθερη αντίληψη περί θρησκευτικής ελευθερίας και η απαγόρευση των διακρίσεων.

Ο *Μιχάλης Πικραμένος*, μέσα από μια αναλυτική παρουσίαση της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας σε ζητήματα διακρίσεων κατά την πρόσβαση στα δημόσια λειτουργήματα, μας προσφέρει καταρχάς μια πλήρη εικόνα του βασικού κορμού της ελληνικής νομολογίας περί απαγόρευσης διακρίσεων, αλλά και μια αφορμή προβληματισμού γύρω από τη λειτουργία της μη διάκρισης στο πλαίσιο της κλασικής αρχής της αξιοκρατίας.

Ο *Δημοσθένης Λέντζης* καταπιάνεται με το διαρκώς ανοικτό ζήτημα των πολλαπλών διακρίσεων, δηλαδή των διακρίσεων που λαμβάνουν χώρα λόγω της ταυτόχρονης παρουσίας περισσότερων του ενός λόγων διάκρισης, και ανιχνεύει ρωγμές στην έως τώρα πάγια θέση της ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας που αρνούνταν την αναγνώριση αυτής της σύνθετης μορφής διάκρισης.

Ο *Στέργιος Κοφίνης* διερευνά την προστασία που μπορεί να παράσχει η νομοθεσία για την απαγόρευση διακρίσεων στους πολίτες τρίτων χωρών εντοπίζοντας δύο στρατηγικές επέκτασης της προστασίας κατά των διακρίσεων και στους πολίτες τρίτων χωρών, η πρώτη εκ των οποίων στηρίζεται στη γενική αρχή της ισότητας, ενώ η δεύτερη θεωρεί ότι η ιθαγένεια συχνά χρησιμοποιείται ως υποκατάστατο για διακρίσεις βάσει φυλής, εθνικής καταγωγής ή ακόμη και θρησκείας.

Το δεύτερο μέρος επικεντρώνεται στο κυρίως πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας κατά των διακρίσεων, δηλαδή το εργατικό δίκαιο και εν γένει τους μηχανισμούς προστασίας του ιδιωτικού δικαίου. Υπ' αυτό το πρίσμα:

Η *Lisa Waddington* αναπτύσσει το ζήτημα των εύλογων προσαρμογών προς όφελος των

ατόμων με αναπηρίες και υποστηρίζει ότι αυτές συνιστούν καθήκον βάσει του δικαίου ανθρωπίνων δικαιωμάτων και όχι απλώς επιπρόσθετη δυνατότητα ή θετικό μέτρο. Επίσης υπογραμμίζει ότι το καθήκον αυτό καλύπτει καταρχάς τις εργασιακές σχέσεις, αλλά ταυτόχρονα επεκτείνεται και σε άλλους τομείς, όπως η εκπαίδευση και η παροχή υπηρεσιών.

Ο Δημήτρης Γούλας εξετάζει κατά πόσο το νομικό πλαίσιο που στοχεύει στην εξάλειψη των διακρίσεων στο πλαίσιο της απασχόλησης και της εργασίας μπορεί να εφαρμοστεί και για τους ανθρώπους που πάσχουν (ή έπασχαν στο παρελθόν) από προβλήματα ψυχικής υγείας και ιδίως εάν αυτά εμπίπτουν στον ορισμό της αναπηρίας ή της χρόνιας πάθησης. Σε αυτό το πλαίσιο αναλύει ευρύτερα τις πρακτικές και νομικές δυσχέρειες εφαρμογής ενός αποτελεσματικού επιπέδου προστασίας κατά των διακρίσεων στις περιπτώσεις αυτές.

Ο Παναγιώτης Μπουμπουχερόπουλος προσεγγίζει την έννοια της ηθικής παρενόχλησης στους χώρους εργασίας (mobbing) επιχειρώντας να απαντήσει στο ερώτημα της συστηματικής κατάταξής της στο πλαίσιο της νομοθεσίας κατά των διακρίσεων και υποστηρίζει ότι υφίσταται αξιολογική διαφοροποίηση της παρενόχλησης έναντι της διάκρισης, η οποία επιτρέπει τη διεύρυνση της έννομης προστασίας της τελευταίας και πέραν ακόμα των ορίων που τίθενται από την νομοθεσία για την απαγόρευση των άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων.

Η Κυριακή Παυλίδου παρουσιάζει μια ειδικότερη πτυχή του ζητήματος της ισλαμικής μαντίλας και συγκεκριμένα την περίπτωση απόλυσης εργαζομένων που φορούσαν μαντίλα στις υποθέσεις Achbita και Bougnaoui, επιχειρώντας μια διεξοδική σύγκριση της προσέγγισης των Γενικών Εισαγγελέων του ΔΕΕ Kokott και Sharpston με εκείνη της νομολογίας του ΕΔΔΑ. Μέσω της ανάλυσης αυτής αναπτύσσει έναν γόνιμο προβληματισμό πάνω στη φύση της θρησκευτικής ελευθερίας ως θεμελιώδους δικαιώματος, που περιλαμβάνει μια ατομική και μια συλλογική διάσταση, και που χρήζει προστασίας τόσο σε συμβολικό όσο και σε πρακτικό επίπεδο για τους σκοπούς της ισότητας και της κοινωνικής συνοχής.

Ο Ευάγγελος Αγγελόπουλος αξιοποιεί το ιδιαίτερος χρήσιμο στο πεδίο της μη διάκρισης εργαλείο της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου για να αναλύσει και αξιολογήσει τις δικονομικές ιδίως ρυθμίσεις της νομοθεσίας κατά των διακρίσεων.

Το τρίτο μέρος περιλαμβάνει τα κείμενα εκείνα που προσφέρουν διαφορετικές, μη στενά νομικές προσεγγίσεις στο φαινόμενο των διακρίσεων και στις πολιτικές αντιμετώπισής τους. Τα κείμενα αυτά, σε συνδυασμό με την εξαιρετικά ενδιαφέρουσα συζήτηση που έλαβε χώρα στο πλαίσιο της στρογγυλής τράπεζας του Συνεδρίου⁶ δίνουν στην απαγόρευση διακρίσεων την πραγματική της διάσταση ως ένα σύνθετο νομικο-κοινωνικό

6 Διαθέσιμη στην ιστοσελίδα του συνεδρίου <http://nondiscrimination.law.auth.gr> καθώς και στην ιστοσελίδα https://www.youtube.com/watch?v=KZqX7PB_xME

φαινόμενο που ούτε η αναγνώρισή του ούτε η αντιμετώπισή του μπορεί να γίνει με εργαλεία αποκλειστικώς δικαιοικά:

Η Δέσποινα Αναγνωστοπούλου μας εισάγει στην έννοια του διαπολιτισμικού διαλόγου ως ενός σημαντικού εργαλείου αντιμετώπισης του ρατσισμού και των διακρίσεων, ιδίως στο πλαίσιο της μεταναστευτικής και προσφυγικής κρίσης, μέσα από την προσπάθεια κοινωνικής ένταξης των πολιτών τρίτων χωρών και τη δημιουργία συνθηκών πραγματικής απόλαυσης της ισότητας.

Ο Κωστής Παπαϊωάννου εισφέρει την εμπειρία του σε καίριες θέσεις για την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων και την αντιμετώπιση των διακρίσεων, αναδεικνύοντας δύο εγγενείς περιορισμούς στη συζήτηση περί μη διάκρισης στην Ελλάδα σήμερα και συγκεκριμένα αφενός την αντίληψη περί εθνικής ομοιογένειας, αφετέρου τις συνέπειες της λιτότητας στη δυνατότητα χρηματοδότησης πολιτικών άρσης των διακρίσεων, παρά τα θετικά βήματα που γίνονται σε νομοθετικό επίπεδο.

Τέλος, η Ιωάννα Τσίγκανου χαρτογραφεί την άγνωστη στο ευρύ κοινό πτυχή της επιχειρηματικότητας των μουσουλμάνων μεταναστών και των Ρομά στην Ελλάδα και τεκμηριώνει αφενός τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά της (μηχανισμός επιβίωσης των εμπλεκομένων και «εθνοτικές νησίδες»), αφετέρου την περιορισμένη κοινωνική κινητικότητα που προσφέρει λόγω του καθεστώτος διακρίσεων που υφίστανται τα μέλη των ομάδων αυτών.

Πρώτο Μέρος

Δημόσιο Δίκαιο και Ανθρώπινα Δικαιώματα

Religious visibility and non-discrimination in Europe: Towards a paradigm shift?

Kyriaki Topidi

“The worst form of inequality is to try to make unequal things equal”

Aristotle

1. Prologue

There is little doubt at present that we are experiencing in Europe a persistent legislative wave towards the prohibition of Islamic veils from public spaces.¹ The rise in the visibility of religion in multicultural contexts gives corresponding rise to disputes over symbols, access, recognition and even resources. These disputes are often translated into legal matters where courts and legal texts demonstrate *in concreto* the meaning and understanding of rights and their limitations within each narrower context.

The way states deal with religious rights depends largely on the types of claims that religious groups on their territory are posing: on the one side there is the struggle for equality that is legally based on the contestation of discrimination on grounds of religious beliefs. On the other hand, there is also the option of claiming a right to difference that is comparatively a more assertive strategy. Finally, there is always the option

¹ See Loi No. 2010-1192 (Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (Law 2010-1192: Act prohibiting the concealment of the face in the public space) in France; Loi du 1er juin 2011 visant à interdire le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage) Moniteur Belge, 13 July 2011 (Law of 1st June 2011 on the introduction of a ban on the wearing of clothing that partly or completely covers the face) and corresponding local bans in Germany, Italy or Switzerland.

of escaping the confines of law and focusing on radicalized forms of religious action, a strategy which is outside the scope of the present analysis.²

For the purposes of this discussion, bans on (visible) religious symbols represent a testing ground towards the understanding and assessment of the principle of non-discrimination in European law. Both the European Court of Human Rights (ECtHR) and now the Court of Justice of the European Union (CJEU) have had to deal with legal questions and claims juxtaposing the principle of equality with the freedom of religion. The growing discourse on “shared values” and the notion of “living together” have, at the same time, become measuring sticks in this process of balancing between rights, albeit of an uncertain kind as to their content and implications.

Although religious communities are increasingly using the “language of law” to voice their identity claims and also to assert normative power in shaping the content of human rights norms, in Europe we do not dispose of a single, uniform response to the position of religion in the public sphere. Case-law and law-making of the recent past suggest nevertheless a defensive attitude towards religious diversity in the public space by invoking the *social cohesion* limitation as a normative boundary beyond which religious symbols as tokens of identity and rights become questionable.³ The aim of this paper, against this background, is to illustrate the legal features of the clash between religious freedom and equality through the trajectory of minority religious symbols. It will engage with recent national and supra-national European case-law as a basis to unpack the justifications of the restrictive uses or bans on religious symbols, largely aimed at the Muslim minorities present on European soil. At the same time, it will also attempt to deconstruct the European legal standards on religious symbols used through the prism of the principle of equality.

2. The framework of inquiry and recent case-law

The frame for the examination of discrimination on the basis of religious symbols in Europe calls for a preliminary understanding of three points: the first question requires us to reflect on whether the invoked use of a religious symbol concerns the individual or

2 M. Koenig, “How Nation-States Respond to Religious Diversity”, in P. Bramadat and M. Koenig (eds.), *International Migration and the Governance of Religious Diversity*, Montreal, McGill/Queen’s University Press, 2009, 293 ff., particularly 300-301.

3 See for example the German Länder laws on Muslim headscarves of 2007 as a response to the German Federal Constitutional Court’s decision in *Ludin* in 2003. See indicatively on this point R. S. Fogel, “Headscarves in German Public Schools: Religious Minorities are Welcome, Unless- God Forbid- They Are Religious”, *NYLS Law Review*, Vol.51, 2006/7, available at http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/51-3.Fogel_.pdf.

emanates from the institutional level. The implication of the use of a right for individual as opposed to a collective use is clear. The second point worthy of consideration asks whether there is a variation between the solutions adopted on the regulation of religious symbols at the national, as opposed to the supra-national level. In other words, it questions the degree of consensus between the different levels of normative orderings. Finally, a third and more contextual inquiry relates to a possible discrepancy between how public policies treat the use of religious symbols in the public space as contrasted with the interpretation of courts, often found to exercise self-restraint when faced with such questions.⁴

2.1. Religious visibility & discrimination: the 2015 headscarf decision in Germany

The German method highlighted in the case-law of the Länder jurisdictions has allowed the preferential treatment of Christian symbols in education and has sanctioned Muslim ones - in particular the headscarf - on the basis of the argument that “a Muslim teacher could not credibly convey to her pupils the Christian values and traditions anchored in the Länder constitutions and the respective school laws”.⁵ The above stands, despite past findings of the German Federal Constitutional Court that the headscarf as an individual choice is covered by a teacher’s fundamental right to freedom of religion, even within a public school.⁶

In 2015, the German Federal Constitutional Court reconsidered the question as to whether the general legislative prohibition of headscarves was consistent with the German Constitution and found that it contravened Article 4(1) and (2) of the German Basic Law.⁷ The 2015 decision was part of a string of cases initiated in 2003, where the same court had found that in order for a general ban to apply, there was need for each *Land* to create the appropriate legal basis to do so.⁸ In the present case, however, where the legal basis existed, the Court went further in its argumentation and while considering the compatibility of a blanket ban on headscarves at schools, found that only a con-

4 See J. Martinez-Torron, “Institutional Religious Symbols, State Neutrality and Protection of Minorities in Europe”, *L&W Journal* 12/2013.

5 See D. Augenstein, “Religious Pluralism and National Constitutional Traditions in Europe”, in C. Ungureanu and L. Zucca (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, Cambridge University Press, 2012 and Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 14 March 2007 S 516/07 as well as Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, 15 January 2007, Vf. 14-VII-05.

6 BVerfG, 2 BvR 1436/02 of 3 June 2003 (Kopftuch Ludin).

7 BVerfGE, 1 BvR 471/10 of 27 January 2015.

8 *Ludin* case (2003).

create danger to state neutrality or a threat to the peace at school would justify such a ban. It further argued that schoolteachers would be allowed to wear religious symbols (including the headscarf) as the act of wearing such symbols constituted an individual expression of their right to religious freedom and not a state expression towards a “preferred” religion, given that these teachers were considered public servants as they were employed in public schools. The issue of the attribution of religious symbols thus depended on who was “emitting” the religious message (i.e. the schools administrators or the teacher as individual). In that sense, the Court stressed the difference between this expression of religious freedom and those symbols found within classrooms (e.g. cross or crucifix on the wall) representing a differentiated level of attribution endorsed by the state. In connection with this last point, the Court also reminded the German constitutional understanding of state *neutrality*: the state is obliged to demonstrate ideological and religious neutrality as well as equal treatment of all religious communities, understood as the duty to create space for the active expression of belief to all sets of faiths (i.e. *open neutrality*).

The decision, while a clear step forward in asserting religious liberties, left two essential issues unanswered: First, it did not establish the appropriate means to draw the line between state expression and individual expressions when wearing religious symbols. Second, it accentuated the discrepancy between the stage of development of case-law on the same question at the ECtHR level and the national interpretations of the same right (Article 9 ECHR), as will be discussed further below.

2.2. The French Burqua decision: SAS v. France⁹

The question of whether a law on the prohibition of the full veil justified the violation of Article 9 ECHR of a female who insisted on wearing it, provided the opportunity to re-visit the issue of blanket bans on religious symbols.

The case made its way to the European Court of Human Rights in Strasbourg that found for the French state, through the use of the margin of appreciation, accepting that “(...) under certain conditions the ‘respect for the minimum requirements of life in society’ referred to by the Government or of ‘living together’, as stated in the explanatory memorandum accompanying the Bill [...] can be linked to the legitimate aim of the

⁹ European Court of Human Rights, *SAS v. France*, appl. n. 43835/11, judgment of July 1st, 2014. In April 2011, Loi No. 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Journal Officiel (JORF) 12 octobre 2012, entered into force prohibiting the concealment of a person's face in public.

‘protection of the rights and freedoms of others’ ”.¹⁰ The case has been the object of much analysis and criticism¹¹ but for the purposes of the present argument what is particularly relevant is the way that two competing normative assertions, the right to religion and the rights and interests of others as a limiting consideration play vis-à-vis the principle of equality.

The argumentation and outcome of the case essentially support the assertion that secularism and the negative type of neutrality invoked by the French state, when prohibiting the wearing of *burqas* in the public space, override the right to religious freedom through manifestation. While Article 9(2) covers the “rights of others” as a consideration when limiting individual rights to religious freedom, it is arguable that the ban in this context uses as measuring standards “vague notions of behavioural norms of society or considerations related to the general public interest”.¹² One obvious implication of declaring Salafism to be in conflict with French values (including the principle of gender equality) is to note the inconsistency of the application of the principle to foreigners and women only (the French husband’s rights of the applicant did not suffer as a result of this incompatibility). It is therefore worth reflecting further on the repercussions of this line of argumentation for the overall protection of the principle of non-discrimination. With reference to the previous case of the German Constitutional Court, it is of course entirely plausible to argue that burqa bans differ from headscarf regulations insofar as they involve the use of different standards of justification for their ban in the public space in its entirety.

3. Unpacking the justifications of religious symbols’ bans

In order to understand better the implications in terms of rights of blanket bans on religious symbols, particularly as they target Muslims in Europe, it is useful to survey the main legal justifications supporting them. The first such justification concerns the

¹⁰ SAS v France, at para. 121.

¹¹ See for example A. Steinbach, “Burqas and Bans: The Wearing of Religious Symbols under the ECHR”, *CJICL*, Vol. 4, Issue 1, 2015, available at <https://www.nuffield.ox.ac.uk/Research/Politics%20Group/Working%20papers/Documents/Steinbach%20Burqa%20bans%20preprint.pdf>.

¹² *Ibid.*, at 4. See also para. 122 of the judgment noting: “It can understand the view that individuals who are present in places open to all may not wish to see practices or attitudes developing there which would fundamentally call into question the possibility of open interpersonal relationships, which, by virtue of an established consensus, forms an indispensable element of community life within the society in question”. Article 9(2) enumerates public safety interests, the protection of public order, health or morals and the protection of the rights and freedoms of others as limited grounds for restriction.

protection of the *principle of state neutrality*, understood broadly as the separation of religion from the state.

The principle of state neutrality is often invoked as a standard that guarantees a certain degree of religious diversity in the public sphere. At the level of European jurisprudence, the understanding of the concept signifies that the state cannot favour or dis-favour religions and must, in all cases, act as an impartial arbiter and benevolent co-ordinator of faiths within its territory,¹³ in other words, secularism understood as equidistance. The limits to the state's duties are nevertheless continuously questioned in cases where religious moral doctrines appear to conflict with the law, values or the legal system as a whole.¹⁴

At the same time, the notion of state neutrality vis-à-vis religion is becoming more and more contested: there is indeed no perfectly neutral state in the sense that culture (including religion) and political/constitutional values are already part of society and guide the legal and political system in drawing the line between the public and the private, the individual and the collective, the morally acceptable and the prohibited.¹⁵

While there is disagreement among states on how strict the separation should be between the two elements and what is required from the state, literature on the question distinguishes a more *liberal* interpretation of secularism, whereby the state allows the manifestation of religion in the public sphere subject to limitations justified by legitimate reasons (e.g. public interest, public health or public safety), and a *stricter* one, that eliminates the expression or manifestation of religious belief in the public, with a consequently reduced obligation for the state to protect religious freedom when invoked in the *forum externum*. The latter interpretation of secularism is particularly problematic for Islam because in its normative dimensions, the Islamic faith prescribes a comprehensive code of conduct for believers in every aspect of their life and as such does not operate on the distinction between the private and public spheres. In either case, “the role of the authorities (...) is not to remove the cause of tension by eliminating

13 Indicative ECtHR case-law on this matter includes: *Serif v. Greece*, appl. n. 38178/97, judgment of December 14th, 1999; *Hasan and Chaush v. Bulgaria*, appl. n. 30985/96, judgment of October 10th, 2000; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, appl. n. 45701/99, judgment of December 13th, 2001; *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, appl. n. 77703/01, judgment of June 14th, 2007.

14 See for example ECtHR *Refah Partisi and Others v. Turkey*, appl. n. 41340/98 41342/98 41343/98 41344/98, judgment of July 31st, 2001 (Chamber), judgment of February 13th, 2003 (Grand Chamber).

15 For a similar point, see D. Jensen, “Classifying church-state arrangements: Beyond religious versus secular”, pp.15-33 in N. Hosen and R. Mohr (eds.), *Law and Religion in Public Life: The Contemporary Debate*, Routledge: London, 2011 at p.19.

pluralism, but to ensure that the competing groups tolerate each other”,¹⁶ and as such bans of religious symbols in the public space challenge the notion of pluralism as an inherent element of a democratic society exercising tolerance not only towards religious expression in conformity with social standards but also those that are challenging for the state and society as a whole.¹⁷

A second justification invoked for such bans is coercion. The states when enacting and implementing bans particularly on the headscarf and the burqa claim the need to prevent girls from being forced into wearing headscarves and burqas as symbols of gender inequality. This may be the case in a number of instances but the headscarf has a plurality of meanings for its wearers and should be not reduced to one: that of the submitted female to patriarchal and illiberal communities. In the words of Niraj Nathawani, “[a]n Islamic headscarf could mean: loyalty to tradition, belief in chastity of women, symbol of religious identity, respect for wishes of parents and families, signal of not being sexually available, expression of cultural identity, refusal to westernize”.¹⁸

Legal scholarship has timidly begun to consider also the adverse effects of such bans, with the help of other disciplines (sociology and anthropology in particular), in order to show that it is also possible that bans on headscarves may lead to girls being prevented from acting in the public sphere, if not allowed to use the religious symbol. Particularly for education, the argument of coercion has known widespread use,¹⁹ relying on the view that young vulnerable audiences, such as school children, may be subjected to the proselytizing effect of the headscarf due to their impressionable nature at this age as learners. There is little scientific evidence, nevertheless, as to how a teacher wearing a headscarf indeed may be applying such “pressure” to students to convert. This type of argument, leads to a presumption of improper influence of the Islamic headscarf and is in itself unsubstantiated.

A third and very pertinent argument justifying blanket bans of religious symbols for this short analysis is that of equality. As already briefly mentioned in the context of the *SAS v. France* case, the headscarf is seen as incompatible with equality. This argument, however, requires heavy qualification: again the contribution of other disciplines, in particular political theology, teaches us that most religions allow for differential

16 *Serif v. Greece*, (reference above in footnote 13) at para. 53.

17 ECtHR *Handyside v. UK*, appl. n. 5493/72, judgment of December 7th, 1976, at para. 49.

18 N. Nathwani, “Islamic Headscarves and Human Rights: A Critical Analysis of the Relevant Case Law of the European Court of Human Rights”, 25(2) *NQHR* (2007), 221-254, at 244 citing Ludin (at para.52).

19 See for example ECtHR *Dahlab v. Switzerland* and for an opposite use *Lautsi v. Italy* (Grand Chamber judgment) (with references in footnotes 28 and 25 of this paper).

treatment. In fact, there are still exceptions allowed vis-à-vis the principle of equal treatment in both national and supra-national law,²⁰ corroborating state law's acceptance of this discrepancy. Further to that, bans, as mentioned, may exclude females from society and certainly affect their socio-economic empowerment in more complex ways than the law accounts for.

Overall, the debate of the headscarf as a symbol is quite widespread nowadays.²¹ A purely legal analysis of the wearing of the headscarf carries, however, some inherent limitations as I have tried to explain above: it ignores the socio-economic parameters for the (non)-exercise of religious rights. Finally, and to the core of the human rights discourse and implementation, a ban on religious symbols does not afford equal concern and respect for religious beliefs of (Muslim) women, as it unambiguously privileges the religious rights of the majority faiths.

One last and recurring justification²² for the ban on religious symbols treats headscarves as symbols of religious extremism. Probably a highly emotive assertion that treats pious Muslims as the "Other", this argument (con)-fuses the wearing of a headscarf with the holding of fundamentalist views. In legal terms, this association is neither automatic, nor established.

4. A rights-based critique of European legal standards on religious symbols

The tolerance of religious visibility in the public space relies on a fundamental distinction between neutrality to religion, understood as blindness to religion and equidistance, or *laïcité*, interpreted more as hostility leading to the eviction of religion from the public sphere. At the supra-national level, faced with widespread resistance to the presence and display of non-majoritarian religious symbols, the ECtHR has proved unwilling to make a consistent choice between the two options.

20 See Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework of equal treatment in employment and occupation, L303 of 2 December 2000, at pp.16-22 in particular Article 4(2) allowing for discrimination on the basis of faith in employment on the basis of occupational requirements.

21 For two opposing discourses see for example K. Bennoune, "Secularism and Human Rights: A Contextual Analysis of Headscarves, Religious Expression and Women's Equality Under International Law", 45 *Colum. J. Transnat'l L.* (2007) 367-426 and M. Ssenyonjo, "The Islamic Veil and Freedom of Religion, the Rights to Education and Work: A Survey of Recent International and National Cases", *Chin. J. Int. Law*, 2007, Vol.6, No.3, 653-710.

22 See for example *Sahin v. Turkey* and *Dahlab v. Switzerland* (references in footnotes 26 and 28).

Against a rich variety of arguments and proposed solutions from domestic courts, the ECtHR has insisted on a tactic of “decisional minimalism”,²³ when it comes to religious human rights claims. This is because the Court has found that “(i)t is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society...even within a single country such conceptions may vary”.²⁴ In practice, the Strasbourg court has built its decisions on pragmatic arguments and has cautiously avoided complex legal theorizing in order to minimize political damage and severe judicial errors.²⁵ It also utilizes the techniques of the *margin of appreciation* or the concepts of *reasonableness* and *proportionality* to shift attention from *stricto sensu* legal reasoning towards the prevalent values in a given national context.²⁶ Particularly regarding legal pluralism, the ECtHR’s stance remains that parallel religiously inspired legal systems are incompatible with secularism and equality.²⁷ This latter point is to some extent difficult to reconcile with the Court’s position that there is no uniformity in the significance of religion within society in European states, and hence special features and aspects of the role of religion in some states are deliberately essentialized.

As a consequence, the Strasbourg court has avoided qualifying the notion of “social cohesion” as a limitation to religious pluralism. Instead, in a series of widely discussed cases,²⁸ it has granted an unnecessarily wide margin of appreciation to member states in deciding matters related to religious symbols.²⁹ In this way, it may have contributed towards the use of religious symbols as an exclusion mechanism in a double way: as an instrument to exclude Muslim believers from the public space but also as an argument

23 The term is borrowed from C. Sunstein, *One Case At a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, 1999, 9-23.

24 ECtHR *Otto Preminger Institute v. Austria*, appl. n. 13470/87, judgment of September 9th, 1994, 295 –A ECtHR (ser.A) at 14 (1994).

25 See for example the relatively recent ECtHR (Grand Chamber) *Lautsi v. Italy*, appl. n. 30814/06, judgment of March 18th, 2011.

26 See ECtHR (Grand Chamber) *Sahin v. Turkey*, appl. n. 44774/98, judgment of November 10th, 2005 and ECtHR *Efstathiou v. Greece*, appl. n. 24095/94 and *Valsamis v. Greece*, appl. n. 21787/93, judgments of December 18th, 1996.

27 *Refah Partisi and Others v Turkey*, (reference above in footnote 14) at 127, 128.

28 ECtHR *Dahlab v. Switzerland*, appl. n. 42393/98, judgment of February 15th, 2001, *Sahin v. Turkey*, (reference above in footnote 26), *Dogru v. France*, appl. n. 27058/05 and *Kervanci v. France*, appl. n. 31645/04, judgments of December 4th, 2008.

29 The majority of *Sahin* nevertheless notes that the “State’s role as the neutral and impartial organizer of the exercise of various religions” should not be interpreted as being that of removing “the cause of tension by eliminating pluralism” but instead ensuring that “competing groups tolerate each other” (Cf. *Sahin*, at para. 107).

to enhance the individual conviction of the majority faith believers in the superiority of their own God.

The use of the margin of appreciation has become particularly problematic in its application when, for instance, one contrasts *Dahlab* with *Lautsi I* (Chamber Judgment) conveyed the message, albeit implicitly, that in public schools the absence of all religious symbols is a guarantee of freedom of belief and flows from the principle of state neutrality. *Dahlab* and *Lautsi I* appear compatible, at least with regard to outcomes. They remain, of course, open to critique insofar as both cases suggest the elimination of “visibility” of *de facto* religious pluralism in European classrooms. One can also question whether and how this is a normatively “acceptable” form of neutrality, as it reinforces the assumption of religion as being conflictive.³⁰

Lautsi II (Grand Chamber Judgment) highlights the incoherence with *Dahlab* best as it delegates the decision about the presence of religious symbols to the state, in accordance with the latter’s margin of appreciation. Ms Dahlab was not allowed to wear her headscarf in school as a teacher by virtue of the principle of neutrality applicable in the Canton of Geneva but public schools in Italy could choose to append crucifixes in the classroom. The same right is invoked but ultimately cultural and socio-political factors and understandings of the concept have shaped the right’s legal content in different ways.

What becomes an essential inquiry for religious diversity is the extent to which the Court’s protection of religious freedom is likely to result in the limited viability of Article 9 ECHR claims through the creation of precedential obstacles, similar to *Dahlab*, *Sahin*, *Dogru* or *Aktas*, ultimately leading to a retreat in the interpretation and application of the relevant European norms on religious rights. *Dahlab v. Switzerland*, *Sahin v. Turkey*, *Köse v. Turkey* and *Dogru v. France* privileged the preservation of the national system over the religious rights of the applicants.³¹ Inversely, *Lautsi v. Italy*,³² *S.H. and Others v. Austria*³³ and *A. B. and C. v. Ireland*³⁴ privileged the constitutional traditions and religious beliefs of majorities in the respective countries.

Legal empowerment of individuals exercising their freedom of religion becomes therefore more difficult to conceive, especially if the claimants belong to a religious minority. The state’s compelling interests seemingly prevail in all of these instances.

30 For a similar point see Martinez-Torron (reference above in footnote 4) at 35.

31 D.Gozdecka, S.A. Ercan and M. Kmak, “From multiculturalism to post-multiculturalism: Trends and Paradoxes”, *J. Sociol.* Vol.50, No.1, 2014, pp.51-64 et al. (2014) at 57-8.

32 Appl. n. 30814/06, judgment of March 18th, 2011 (Grand Chamber).

33 Appl. n. 57813/00, judgment of November 3rd, 2011.

34 Appl. n. 25579/05, judgment of December 16th, 2010.

5. The European Court of Human Rights, the margin of appreciation and proportionality

There are three sets of considerations that shape the (evolving) use of the margin of appreciation in the Court's understanding: first, the circumstances, demands and the broader context; second, the legitimate aim that is claimed in each case by states that restrict religious freedoms and finally, the degree of convergence or divergence of national laws on the point at issue (i.e. a comparative law criterion).³⁵ There is little indication as to the hierarchy among the three criteria so unsurprisingly one also finds little clarity as to what determines the width of the margin in cases relating to religious diversity through symbols.

As Mireille Delmas-Marty pertinently points out, in *Sahin* the diversity of national practices is so decisive that the Court allows a wide margin of appreciation to the Turkish government to uphold secularism, claiming a lack of consensus on the requirements for the protection of the rights of others and of the public order.³⁶ The contrast that Delmas-Marty notes with the prosecution of a man for the crime of homosexual conduct between adults in *Dudgeon v. United Kingdom*,³⁷ found incompatible on the basis of the rights to privacy and dignity despite the absence of European consensus on the question at the time, is hard to justify.

If we are, therefore, to accept that the margin of appreciation is to be governed by guiding principles, there is a need for more clarity and consistency. The unprincipled expansion of the use of the margin creates the conditions for it to create and sustain an asymmetric system of protection depending of the type of right invoked, with an inherent element of politicization.³⁸ It also moves away from the initial aim of the introduction of the principle, which was evidently to preserve national diversity, with due consideration given to the core content of international norms. The margin was not designed to promote the fragmentation of international law but rather introduced as a margin for manoeuvre. It should be used, as a result, as “an opportunity to help

35 M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford, Hart Publishing, 2009, at p.52.

36 See paragraph 110 of the judgement that stresses the efforts of the state authorities to teach and apply “the values of pluralism, respect for the right of others, and in particular, equality before the law of men and women”, leading the argument to conclude that “it is understandable in such a context (...) that the relevant authorities would consider that it ran counter to the furtherance of such values to accept the wearing of religious insignia (...) that women students cover their heads with a headscarf while on university premises”.

37 Appl. n. 7525/76, judgment of October 22nd, 1981.

38 Delmas-Marty, (reference above in footnote 35), at p. 55.

the global rule evolve”,³⁹ particularly given the complexity of religious diversity in multicultural European settings.

As to proportionality, a key concept in qualifying human rights for the ECtHR as well as numerous other jurisdictions, it serves the purpose of balancing towards constitutional interpretation when conflicts of values and interests arise.⁴⁰ The principle of proportionality, as such, requires that the objective of the common interest protected be sufficiently important to justify the limitation of a right and that the limiting measure be suitable and no more than necessary to serve the common interest.

In practice, in the cases relating to religious minorities’ symbols, it is increasingly clear that the contextual scrutiny of competing interests (the right of the individual to his/her religious freedom opposed to the public interest of the state) is both controversial and interpretative in its context.⁴¹ It has ultimately been developed to rest on an assumed interpretation for the cases at issue in this analysis that “every time a human right is upheld, this does mean that a common interest is simultaneously sacrificed”.⁴² This assumption is obviously faulty insofar as human rights protection is not reserved towards the protection of one individual but rather as a guarantee against the eventual arbitrariness of the state or what Ali labels the “space for individually-centered concerns in a political society”.⁴³ In even more persuasive terms, the dissenting opinion in the case of *Hatton v. UK* clearly states: “ (...) [i]ndeed one of the important functions of human rights protection is to protect ‘small minorities’ whose ‘subjective element’ makes them different from the majority”.⁴⁴

A different approach to balancing of rights and interests is therefore mandated: a more empirical assessment calling for consideration of the range and the size of interests at stake, the temporal dimension of the conflict as well as its intensity are some of the more realistic factors towards the calculation of the implications of the restriction of the right. *A contrario*, an assessment of proportionality that sticks to larger political, cultural or economic preferences risks becoming a policy assessment involving the

39 M.-L. Mathieu-Izorche, “La marge nationale d’appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction? ”, 2006 RSC 25.

40 For more on these points, see B. Çali, “Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions”, HRQ 29 (2007) 251-270 at 252.

41 *Ibid.*, at 254-5.

42 *Ibid.*, at 259.

43 *Ibid.*, at 260.

44 ECtHR (Grand Chamber) *Hatton v. United Kingdom*, appl. n. 36022/97, judgment of July 8th, 2003, Joint Dissenting Opinion of Judges Costa, Ress, Turmen, Zupancic and Steiner, at para.14.

balancing of abstract concepts and not the assessment of conflicts of rights. For the cases related to Muslim headscarves, such abstract concepts usually take the form of binary and essentialized contrasts between secularism and democracy opposed to the religious symbolism of the veil or that of gender equality and tolerance versus Islamic religious obligations. As such, the principle of proportionality may be asking the “right” questions vis-à-vis the means of state action when trespassing the human rights sphere of the individual but remains silent (and often also unfair) on the consequences of its assessment.

6. Effects of ECtHR case law on Muslim headscarves through the prism of non-discrimination

Non-discrimination remains an essential tool towards the management of differences in contemporary societies. Yet in relation to minority religious claims in the public sphere, it has produced a number of effects that squarely challenge the principle of equality at its core. Blanket bans of Muslim religious symbols from the public sphere clearly imply that religious minorities may ultimately be pushed to choose between complying with Western liberal values or maintaining their own individual norms. In other words, they are called to normatively choose between freedom of religion and freedom *from* discrimination.

In *Thlimmenos*,⁴⁵ the Strasbourg Court had nevertheless reminded the content and interpretation of the right to equality by finding a violation “when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different”. It is interesting in that respect to note a certain distance between the application of this principle in religious discrimination cases in education (for instance the *Dahlab*, *Sahin* and *Dogru* cases), where the Court hesitates to treat different situations differently, with cases where the accommodation conflict arises in the private sector, such as *Eweida*,⁴⁶ where the threshold of violation seems to be lower.

Academic scholarship,⁴⁷ faced with the conceptual but also practical gaps in the application of the principle of equality in religious symbols cases, has predictably turned to alternative tools for the protection of religious identity. A very characteristic

45 ECtHR (Grand Chamber) *Thlimmenos v. Greece*, appl. n. 34369/97, judgment of April 6th, 2000.

46 ECtHR *Eweida and others v. UK*, appl. n. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, judgment of January 15th, 2013.

47 See indicatively S. Pei, “Unveiling Inequality: Burqa Bans and Nondiscrimination Jurisprudence at the European Court of Human Rights”, *Yale L.J.*, Vol.122: 1089-1102, 2013.

avenue is that of *indirect* discrimination. A connection with Article 14 ECHR could, under conditions, satisfy the need for a more comprehensive net of protection. Recent ECtHR's caselaw on indirect discrimination seems to require an examination of the justification offered by governments in defense of an allegedly discriminatory practice or measure(s) proven with the use of statistical evidence.⁴⁸ Such justification should take account of the principle of proportionality when justifying the need for the practice. The Court has also been willing to accept evidence of a pattern or practice of discriminatory action resulting from facially neutral measures, even in the absence of statistical data demonstrating the government's policy of discrimination.⁴⁹ What is necessary, in the eyes of the Court, is to show the government's failure to show objective and reasonable justification of the policy.⁵⁰

7. Epilogue

A state's authority to draw a line and designate the space where religious rights can be exercised is no longer exclusive: courts, constitutions and trans-national bodies contribute to the exchange of norms and concepts creating webs of understandings that are becoming decreasingly easy to study in isolation. The *transnational embedding* of religious norms and rights has already been identified as a crucial characteristic of the various modes of religious belonging, particularly for migrants,⁵¹ yet it is still too early to depict, let alone predict, the ways that the transnational element affects the practices of religious governance in Europe.

At this crucial stage of development of the normative landscape in religious discrimination, it is worth inquiring into the deeper implications and challenges of religious identity vis-à-vis equality. One of the salient questions of this debate revolves around identifying the biggest source of tension between religion and equality: are we in reality witnessing a clash between different religious groups (*majoritarian groups v. minority groups*) or are we rather more concerned about a normative contest between religion and non-religion, as indicators of a pre-modern opposed to a post-modern state of our socio-legal environment? The boundary lines between the two issues are

48 ECtHR (Grand Chamber) *D.H. v Czech Republic*, appl. n. 57325/00, judgment of November 11th, 2007.

49 ECtHR (Grand Chamber) *Orsus v. Croatia*, appl. n. 15766/03, judgment of March 16th, 2010.

50 ECtHR *Sampanis v Greece*, appl. n. 32526/05, judgment of June 5th, 2008.

51 Koenig (reference above in footnote 2) at 314.

often blurred and the Muslim religious presence in Europe contributes towards such confusions.

The question of religious symbols is undoubtedly gaining in frequency: the recent preliminary ruling reference to the Court of Justice of the European Union concerning the legality of the ban of religious symbols (Muslim headscarves) in the workplace,⁵² suggest that the question of religious visibility is correspondingly gaining in legal importance. The most recent cases seem to rely on the principle of equality and (in-)direct discrimination to question the legal implication of expression of the rule of neutrality in the workplace.

The crucial consideration at stake within all these cases, however, remains the constant risk that minority religious communities remain excluded, vulnerable and marginalized. Freedom from discrimination and freedom of religion should not be mutually exclusive normative statements, at times where a strong non-discrimination framework is needed more than ever in order to cater for the growing variety of religious claims in contemporary societies.

⁵² C-157/15 *Samira Achbita v. G4S Secure Solutions NV* [2017] and C-188/15 *Asma Bougnaoui v. Micro-pole SA* [2017], judgments of 14 March 2017.

Απαγόρευση των διακρίσεων και δημόσια λειτουργήματα: Το Συμβούλιο της Επικρατείας και η ερμηνεία των εθνικών και ενωσιακών κανόνων

Μιχάλης Πικραμένος

Το άρθρο 4 παρ. 4 Σ., ορίζει ότι μόνο Έλληνες πολίτες είναι δεκτοί σε όλες τις δημόσιες λειτουργίες, εκτός από τις εξαιρέσεις που εισάγονται με ειδικούς νόμους. Η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται με παρεμφερή διατύπωση σε όλα τα ελληνικά Συντάγματα και έχει διπλή φύση, διότι αφενός καθιερώνει πολιτικό δικαίωμα πρόσβασης των ελλήνων πολιτών στις δημόσιες λειτουργίες και αφετέρου εισάγει ειδική εκδήλωση της ισότητας, η οποία κατοχυρώνεται ως γενική αρχή στην παρ. 1 του άρθρου 4.¹ Η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 4 είναι μη αναθεωρητέα, όπως ορίζει το άρθρο 110 Σ. και δεν περιλαμβάνεται στις διατάξεις η ισχύς των οποίων αναστέλλεται κατά το άρθρο 48 Σ. Να σημειωθεί ότι η πρόσβαση καθενός στις δημόσιες υπηρεσίες υπό συνθήκες ισότητας κατοχυρώνεται στο άρθρο 21 παρ. 2 της Οικουμενικής Διακήρυξης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου καθώς και στο άρθρο 25 παρ. 1 γ' του Διεθνούς Συμφώνου για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα που έχει κυρωθεί με το ν. 2462/1997.

1 Βλ. Π. Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο. Ατομικά Δικαιώματα Β'*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκουλα, 1991, σ. 1087 επ.

Η διάταξη του άρθρου 4 παρ. 4 Σ. σημαίνει ότι οποιοδήποτε πρόσωπο έχει την ελληνική ιθαγένεια μπορεί να διοριστεί ή εκλεγεί για να ασκήσει δημόσια λειτουργία. Ο συνταγματικός νομοθέτης παρέχει, με την ίδια διάταξη, την ευχέρεια στον κοινό νομοθέτη να προβλέψει κατηγορίες προσώπων που μπορούν να διοριστούν σε δημόσιες θέσεις χωρίς να έχουν την ελληνική ιθαγένεια. Προς την κατεύθυνση αυτή έχουν θεσπιστεί διατάξεις με τις οποίες επιτρέπεται να διορίζονται σε δημόσιες θέσεις κατηγορίες προσώπων, όπως ομογενείς ή πολίτες με κυπριακή ιθαγένεια ή αλλοδαποί που προσλαμβάνονται σε υπηρεσίες του Υπουργείου Εξωτερικών εκτός Ελλάδος.² Περαιτέρω, η έννοια της δημόσιας λειτουργίας είχε ερμηνευθεί στην ιστορία των ελληνικών συνταγμάτων με μεγάλη ευρύτητα καλύπτοντας όλες εν γένει τις υπηρεσίες και θέσεις της κρατικής μηχανής τόσο υπό την ευρεία όσο και υπό τη στενή εκδοχή της. Όμως για τον προσδιορισμό της σύγχρονης έννοιας της δημόσιας λειτουργίας πρέπει να ληφθεί υπόψη η συμμετοχή της Ελλάδας στην Ευρωπαϊκή Ένωση και η δυνατότητα διορισμού πολιτών των κρατών μελών της σε θέσεις δημοσίων υπηρεσιών, επί τη βάση της συνδυασμένης εφαρμογής των άρθρων 4 παρ. 4, 28 παρ. 2 Σ. και της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης που καθιερώνει την ελεύθερη κυκλοφορία των εργαζομένων εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Για τον σκοπό αυτό έχει εκδοθεί σχετικά ο ν. 2431/1996 καθώς και σειρά προεδρικών διαταγμάτων κατ' εξουσιοδότηση αυτού, που ορίζουν τις υπηρεσίες και θέσεις που προορίζονται για πολίτες των κρατών μελών της Ε.Ε.³

Το συνταγματικό πλαίσιο για την πρόσβαση στις δημόσιες λειτουργίες συμπληρώνεται με την αρχή της αξιοκρατίας η οποία απορρέει από το άρθρο 5 Σ. καθώς και από τη δημοκρατική αρχή που υπαγορεύει όπως η πρόσβαση σε δημόσιες θέσεις και αξιώματα γίνεται με κριτήρια που συνάπτονται με την προσωπική αξία και ικανότητα των ενδιαφερομένων για την κατάληψή τους. Επίσης, στο πλαίσιο αυτό, ως προς το ειδικό ζήτημα της πρόσβασης των δύο φύλων σε δημόσια λειτουργήματα, εντάσσονται και οι διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 4 καθώς και της παρ. 2 του άρθρου 116 Σ. που προβλέπουν την ισότητα ελλήνων και ελληνίδων και αντίστοιχα ότι δεν αποτελεί διάκριση λόγω φύλου η λήψη θετικών μέτρων για την προώθηση της ισότητας ανδρών και γυναικών. Περαιτέρω, για την ίση μεταχείριση ανδρών και γυναικών όσον αφορά την πρόσβαση σε απασχόληση και τις συνθήκες εργασίας αποκτούν πεδίο εφαρμογής σχετικές διατάξεις του ενωσιακού δικαίου, μεταξύ των οποίων και η Οδηγία 76/207/ΕΟΚ η οποία απαγορεύει κάθε διάκριση που βασίζεται στο φύλο άμεσα ή έμμεσα.

Το ισχύον Σύνταγμα περιέχει ρητές αναφορές στην απαγόρευση των διακρίσεων. Στο

2 Βλ. Σ. Κοφίνη, «Άρθρο 4» σε Φ. Σπυρόπουλος κ.ά. (επιμ.), *Σύνταγμα - Κατ' άρθρο ερμηνεία*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, σ. 78.

3 Βλ. Κ. Χρυσόγονου, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 3^η αναθ. έκδ., Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σ. 167 επ.

άρθρο 5 παρ. 2 σύμφωνα με το οποίο όσοι βρίσκονται στην ελληνική επικράτεια απολαμβάνουν την απόλυτη προστασία της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας τους, χωρίς διάκριση εθνικότητας, φυλής, γλώσσας και θρησκευτικών ή πολιτικών πεποιθήσεων.⁴ Επίσης στο άρθρο 13 παρ. 1 εδαφ. β' ορίζεται ότι η απόλαυση των ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων δεν εξαρτάται από τις θρησκευτικές πεποιθήσεις καθενός, ενώ στο άρθρο 22 προβλέπεται ότι όλοι οι εργαζόμενοι ανεξάρτητα από φύλο ή άλλη διάκριση, έχουν δικαίωμα ίσης αμοιβής για παρεχόμενη εργασία ίσης αξίας. Ρητές διατάξεις για την απαγόρευση των διακρίσεων έχουν ενσωματωθεί και στο Διεθνές Σύμφωνο για τα ατομικά και πολιτικά δικαιώματα και ειδικότερα στο άρθρο 25 για συμμετοχή κάθε πολίτη στην άσκηση δημόσιας εξουσίας, στη διενέργεια εκλογών και στην πρόσβαση στα δημόσια αξιώματα. Ιδιαίτερη μέριμνα για την απαγόρευση των διακρίσεων επιδεικνύει το ενωσιακό δίκαιο με σειρά Οδηγιών. Πρόσφατα με το ν. 4443/2016 ενσωματώθηκαν, μεταξύ άλλων, οι Οδηγίες 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ⁵ περί εφαρμογής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως φυλής, χρώματος, εθνικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας, οικογενειακής κατάστασης, σεξουαλικού προσανατολισμού στον τομέα της εργασίας και της απασχόλησης σε όλα τα πρόσωπα που απασχολούνται στο δημόσιο ή στον ιδιωτικό τομέα.

Στο πεδίο των δημοσίων λειτουργημάτων η απαγόρευση των διακρίσεων καθίσταται εξαιρετικά επίκαιρη σε σχέση με τιθέμενους κανόνες δικαίου από τον κοινό ή τον κατ' εξουσιοδότηση αυτού κανονιστικό νομοθέτη που ορίζουν: α) θετικά ή αρνητικά προσόντα για την πρόσβαση στα δημόσια λειτουργήματα, β) πτυχές του υπηρεσιακού καθεστώτος των ασκούντων δημόσια λειτουργήματα, γ) όρους και προϋποθέσεις τερματισμού της άσκησης δημοσίου λειτουργήματος. Είναι κοινός τόπος ότι θεμελιώδες γνώρισμα της νομοθεσίας για την πρόσβαση και άσκηση δημοσίων λειτουργημάτων αποτελεί η θέσπιση προϋποθέσεων ή κριτηρίων, με συνέπεια πρόσωπα τα οποία δεν εκπληρώνουν τις προϋποθέσεις ή δεν εμπίπτουν στα κριτήρια αποκλείονται ή να τίθενται σε δυσμενέστερη θέση έναντι των άλλων. Το κρίσιμο, επομένως, ζήτημα είναι αν συντρέχουν σοβαροί λόγοι δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογούν τις αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας που εκδηλώνεται και στο εξεταζόμενο πεδίο με το άρθρο 4 παρ. 4 Σ. Κοντολογίς, για τα δημόσια λειτουργήματα δεν ομιλούμε κατ' ακριβολογία περί απαγόρευσης των διακρίσεων αλλά για δικαιολόγηση διακρίσεων που τίθενται υπό μορφή προσόντων ή κωλυμάτων επί τη βάσει λόγων δημοσίου συμφέροντος που συνάπτονται με τα ειδικά χαρακτηριστικά τα οποία απαιτεί η φύση κάθε δημόσιας υπηρεσίας. Προς την κατεύθυνση αυτή κινούνται

4 Βλ. Α. Ράϊκου, *Συνταγματικό Δίκαιο. Θεμελιώδη δικαιώματα*. 2ος τόμος, 2η έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ.Ν. Σάκκουλα, 2002, σ. 499 επ..

5 Βλ. European Commission, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 28 EU member states, the FYROM, Iceland, Liechtenstein, Norway and Turkey compared*, 2015.

και οι διατάξεις των Οδηγιών 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ που ενσωματώθηκαν με το ν. 4443/2016 και προβλέπουν δικαιολογημένη διαφορετική μεταχείριση λόγω ειδικών επαγγελματικών απαιτήσεων και για δικαιολογημένη διαφορετική μεταχείριση λόγω ηλικίας, ενώ είχε προηγηθεί ο ν. 3304/2005 «Εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού» που εκδόθηκε σύμφωνα με τις ανωτέρω Οδηγίες.

Στη σύγχρονη ελληνική ιστορία μορφή διακρίσεων για το διορισμό και την απόλυση δημοσίων λειτουργών και υπαλλήλων, με κριτήριο την πολιτική ιδεολογία, θεσπίζεται κατά τη διάρκεια του εμφυλίου πολέμου (1946-1949), επιβιώνει υπό την ισχύ του Συντάγματος 1952 και «εμπλουτίζεται» από το δικτατορικό καθεστώς της 21.4.1967. Η διάκριση αυτή ήταν μια από τις ολέθριες συνέπειες της εμφύλιας σύγκρουσης στη συγκρότηση του ελληνικού κράτους και στην άσκηση των ατομικών και πολιτικών δικαιωμάτων από τη λήξη του Β' παγκοσμίου πολέμου μέχρι την κατάρρευση του απριλιανού δικτατορικού καθεστώτος το 1974. Στην αρχή θεσπίστηκε το Ψήφισμα Θ/1946 που κατέλαβε ολόκληρο το Δημόσιο στο οποίο περιελήφθησαν το δικαστικό σώμα, οι πανεπιστημιακοί, οι δημόσιοι υπάλληλοι της κεντρικής διοίκησης, της τοπικής αυτοδιοίκησης, οι υπάλληλοι όλων των ιδρυμάτων που επιχορηγούνταν από το κράτος και οι υπάλληλοι των τραπεζών, και ως κριτήριο απόλυσης ορίσθηκε, μεταξύ άλλων, οποιαδήποτε συμμετοχή ή συνέργεια «εις την εκδήλωσιν της από 3 Δεκεμβρίου 1944 μέχρι 12 Φεβρουαρίου 1945 στάσεως και οιαδήποτε έκτοτε δράσις ή συμμετοχή εις τοιαύτην κατά της εν τω κράτει εννόμου τάξεως ή υπέρ των συμμετασχόντων εις την ως άνω στάσιν ή υπέρ των αντικρατικών και αντεθνικών επιδιώξεων τούτων». Ακολούθησε ο α.ν. 516/1948 ο οποίος κατά τα πρότυπα της αμερικανικής νομοθεσίας εισήγαγε την έννοια της νομιμοφροσύνης, σύμφωνα με την οποία τόσο οι δημόσιοι υπάλληλοι όσο και οι πολίτες που ήθελαν να εισέλθουν στο Δημόσιο, έπρεπε να μην έχουν οποιαδήποτε συμμετοχή σε οργανώσεις με ορισμένα ιδεολογικά χαρακτηριστικά. Προς τούτο συγκροτήθηκαν συμβούλια νομιμοφροσύνης σε κάθε υπουργείο που ερευνούσαν τους φακέλους των υπηρετούντων δημοσίων υπαλλήλων καθώς και των υποψηφίων για διορισμό και αποφαινόταν για τη νομιμοφροσύνη τους, ενώ ο νόμος προέβλεπε ότι μπορούσε να ζητηθεί από τις ανωτέρω κατηγορίες προσώπων έγγραφη δήλωση νομιμοφροσύνης.⁶

Οι Α. Σβώλος-Γ. Βλάχος στο κλασικό έργο το «Σύνταγμα της Ελλάδος» και ειδικότερα στην ερμηνεία του άρθρου 3 παρ. 3 του Συντάγματος 1952 (αντίστοιχου προς το ισχύον 4 παρ. 4 Σ.) επισημαίνουν ότι δεν επιτρέπεται καταρχήν να ορισθεί ως θετικό προσόν ή ως

6 Βλ. Ν. Αλιβιζάτου, *Οι πολιτικοί θεσμοί σε κρίση 1922-1974. Όψεις της ελληνικής εμπειρίας*, Αθήνα, εκδ. Θεμέλιο, 1983, σ. 474 επ.

κώλυμα η ύπαρξη ή η έλλειψη άλλων ατομικών, κοινωνικών, εθνικών, θρησκευτικών, κομματικών, πολιτικών ιδιοτήτων ούτε να ληφθεί υπόψη προς αποκλεισμό πολιτών από τις δημόσιες λειτουργίες οποιαδήποτε δοξασία ή ιδεολογία. Υπό το πρίσμα αυτό σχολιάζουν τις διατάξεις του Υπαλληλικού Κώδικα με τις οποίες το προσόν του ήθους συνδέθηκε με τις «υγιείς κοινωνικές αντιλήψεις» και τις διατάξεις του β.δ. 10/20.2.1953 που υποχρέωνε τους υποψήφιους προς διορισμό να υποβάλουν δήλωση νομιμοφροσύνης και βεβαίωση της αστυνομικής αρχής περί τούτου. Οι συγγραφείς εντάσσουν στο πλαίσιο του προβληματισμού το άρθρο 100 παρ. 2 Σ. 1952, κατά το οποίο ιδεολογίες που αποσκοπούν στην ανατροπή με βίαια μέσα του υφιστάμενου πολιτειακού ή κοινωνικού καθεστώτος αντίκεινται απολύτως στην ιδιότητα του δημοσίου υπαλλήλου,⁷ υποστηρίζοντας ότι η εν λόγω διάταξη έχει κατευθυντήριο χαρακτήρα και δεν θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι εισάγει, επί τη βάση ιδεολογικού κριτηρίου, τόσο μεγάλης έκτασης απόκλιση από την αρχή της ισότητας ώστε ακαθόριστος αριθμός ελλήνων πολιτών να τίθεται κατά τρόπο αυτόματο και χωρίς προηγούμενη καταδίκη, σε ήσσονα μοίρα έναντι άλλων. Συμπληρώνουν δε ότι ακόμα και αν θεωρηθούν δεσμευτικές οι ως άνω διατάξεις του Συντάγματος 1952, πρέπει να ερμηνεύονται στενά εφόσον αποτελούν παρέκκλιση από τις διατάξεις περί ισότητας οι οποίες συγκαταλέγονται στις θεμελιωδέστερες του Συντάγματος.⁸

Το Συμβούλιο της Επικρατείας επελήφθη αιτήσεων ακυρώσεως που στρέφονταν κατά πράξεων που στηρίζονταν στη νομοθεσία περί νομιμοφροσύνης. Το Δικαστήριο απέρριψε τις αιτιάσεις περί αντίθεσης των σχετικών διατάξεων προς τη συνταγματική αρχή της ισότητας διότι ο έλεγχος νομιμοφροσύνης είχε συνταγματικής τάξεως έρεισμα στο Ψήφισμα Θ'/1946 (ΣτΕ 525/1971). Το Δικαστήριο προέβη σε ακυρώσεις πράξεων απόλυσης υπαλλήλων στηριχθέν σε λόγους ακυρώσεως που αφορούσαν την τηρηθείσα διαδικασία και την αρμοδιότητα του οργάνου (ΣτΕ 1380/1955, 468/1970, 500, 1611/1971), για αναιτιολόγητο της σχετικής κρίσης (ΣτΕ 1731/1952, 1157/1970), για υπέρβαση εξουσίας του εκδώσαντος την πράξη οργάνου (ΣτΕ 99/1957), λόγω έναρξης πειθαρχικής δίωξης παράλληλα με τη διαδικασία περί νομιμοφροσύνης (ΣτΕ 547/1965). Επίσης το Δικαστήριο ερμήνευσε στενά τις σχετικές διατάξεις εξαιρώντας από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων περί νομιμοφροσύνης συγκεκριμένη κατηγορία εργαζομένων και ως εκ τούτου ακύρωσε τις σχετικές πράξεις (ΣτΕ 2263/1964), ενώ ακύρωσε και πράξεις παρά-

7 Βλ. την εύστοχη κριτική του Φ. Βεγλερή στην εν λόγω διάταξη και τις σκέψεις που διατυπώνει για το άρθρο 103 Σ. 1975, το οποίο θεωρεί ότι συνιστά απόκλιση από τη φιλελεύθερη παράδοση, στην εισήγησή του με τίτλο «Οι αποκλίσεις των ελληνικών Συνταγμάτων από τη φιλελεύθερη δυτική παράδοση», στο: Ένωση Ελλήνων Συνταγματολόγων, *Οι συνταγματικές ελευθερίες στην πράξη*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1986, σ. 52 επ.

8 Α.Ι. Σβώλου-Γ.Κ. Βλάχου, *Το Σύνταγμα της Ελλάδος. Μέρος Ι. Τόμος Α'*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1978, σ. 266 επ.

λειψης από προαγωγή για λόγους ανατιολογήτου (ΣτΕ 1380, 1180/1955) καθώς και εγγραφή υπαλλήλου σε πίνακα αρχαιότητας για λόγους νομιμοφροσύνης (ΣτΕ 1526/1956). Από τη συνοπτική παράθεση της νομολογίας προκύπτει ότι το Συμβούλιο της Επικρατείας χρησιμοποίησε τα κλασικά όπλα του ακυρωτικού ελέγχου και ακύρωσε δεκάδες πράξεις σπληνισμένων στη νομοθεσία περί νομιμοφροσύνης, αποκαθιστώντας έτσι κατά ένα τρόπο τις ρωγμές που υφίστατο η αρχή της ισότητας σε επίπεδο διατάξεων συνταγματικής ισχύος. Αξιοσημείωτη είναι και η απόφαση ΣτΕ 2378/1976 που, ερμηνεύοντας διατάξεις της δικτατορικής περιόδου 1967-1974, έκρινε ότι : «*η απαιτούμενη προϋπόθεση, όπως, δια την χορήγησιν της σχετικής αδείας νυμφεύσεως, συνεκτιμάται και η αφοσίωσις εις τα εθνικά ιδεώδη ουχί της μελλούσης συζύγου του κατωτέρω οργάνου τάξεως, αλλά τρίτων προσώπων -και δη των μέχρι β' βαθμού συγγενών αυτής- κείται προφανώς πέρα των υπό του συντάγματος τούτου δυνάμεων να θεσπισθούν εν προκειμένω περιορισμών και ως τοιαύτη είναι ανίσχυρος και μη εφαρμοστέα*».

Στο άρθρο 21 παρ. 2 Σ. προβλέπεται ειδική φροντίδα του κράτους για πολύτεκνες οικογένειες, θύματα πολέμου, αναπήρους πολέμου και ειρηνικής περιόδου, χήρες και ορφανά των πεσόντων σε πόλεμο. Ο νομοθέτης εκδήλωσε τη φροντίδα αυτή με διακρίσεις υπέρ προσώπων των ως άνω κατηγοριών κατά την πρόσβαση σε στρατιωτικές σχολές, προβλέποντας ότι ορισμένο ποσοστό επιφυλάσσεται για τέκνα πολυτέκνων και για τέκνα αναπήρων εθνικής αντίστασης. Το Συμβούλιο της Επικρατείας με σειρά αποφάσεων του από τα μέσα της δεκαετίας του '70 θεώρησε συνταγματικά ανεκτές αυτές τις διακρίσεις ενόψει του άρθρου 21 Σ. και για λόγους δημοσίου συμφέροντος (ΣτΕ 2778/1991, 4068/1990, 2789/1981). Αντιθέτως, κρίθηκε ότι αντίκειται στην αρχή της ισότητας καθώς και στη δημοκρατική αρχή η διάκριση που εισάγει το ίδιο νομοθέτημα υπέρ των κατοίκων των παραμεθορίων περιοχών καθώς και των τέκνων των μονίμων αξιωματικών.⁹

Υπό το ισχύον Σύνταγμα το Συμβούλιο της Επικρατείας κλήθηκε να κρίνει τη συνταγματικότητα διατάξεων της νομοθεσίας για διακρίσεις στην πρόσβαση σε δημόσια λειτουργήματα, με βάση την εθνική καταγωγή, τον τρόπο απόκτησης της ιθαγένειας και την αλλοδαπότητα. Ειδικότερα, με την απόφαση της Ολομέλειας 460/2013 κρίθηκε κατά πλειοψηφία ότι διατάξεις του ν. 3838/2010 δεν είναι σύμφωνες προς το Σύνταγμα, καθόσον αναγνωρίζουν σε αλλοδαπούς υπηκόους τρίτων χωρών, μη έχοντες καν την ιδιότητα του ομογενούς, δικαίωμα του εκλέγειν και εκλέγεσθαι κατά τις εκλογές των ΟΤΑ α' βαθμού, παραβιάζοντας έτσι την αρχή ότι τα πολιτικά αυτά δικαιώματα ανήκουν αποκλειστικά σε έλληνες πολίτες, χωρίς να έχει επιρροή στην κρίση περί αντισυνταγματικότητας το γεγονός ότι ο εξεταζόμενος νόμος προέβλεψε με τις ίδιες διατάξεις και ορισμένες θετικές

⁹ Για το γενικότερο ζήτημα της στάσης του δικαστή απέναντι στην αρχή της ισότητας βλ. Α. Μάνεση, «Η συνταγματική αρχή της ισότητας και η εφαρμογή της υπό των δικαστηρίων», σε *Συνταγματική Θεωρία και Πράξη*, Θεσσαλονίκη, εκδ. Οίκος Σάκκουλα, 1980, σ. 316 επ.

και αρνητικές προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν για την άσκηση των δικαιωμάτων αυτών από τους αλλοδαπούς. Κατά την πλειοψηφία το εκλογικό σώμα των ΟΤΑ συντίθεται, καταρχήν, αποκλειστικώς από έλληνες πολίτες και ο απλός νομοθέτης κωλύεται να διευρύνει αυτό προσθέτοντας και πρόσωπα που δεν έχουν την ελληνική ιθαγένεια, στο καθεστώς δε αυτό ουδεμία μεταβολή επήλθε με την προσθήκη στο κείμενο της διατάξεως του άρθρου 102 παρ. 2 Σ., όπως αναθεωρήθηκε το 2001 των λέξεων «όπως νόμος ορίζει». Αντιθέτως, κατά την μειοψηφία μία τέτοια νομοθετική ρύθμιση συμπορεύεται και με τη διάταξη του άρθρου 4 παρ. 4 Σ., η οποία επιτρέπει τη θέσπιση, με ειδικούς νόμους, εξαιρέσεων στον κανόνα, ότι μόνον έλληνες πολίτες είναι δεκτοί στις «δημόσιες λειτουργίες». Η διαφοροποίηση μεταξύ του εκλογικού σώματος για την ανάδειξη της Βουλής και του εκλογικού σώματος για την ανάδειξη των αρχών των ΟΤΑ, δικαιολογείται πλήρως και από την διαφορετική συνταγματική φύση και αποστολή των οργάνων αυτών. Η Βουλή, άμεσο, και το κατ' εξοχήν πολιτικό, όργανο του Κράτους, αποτελεί την έκφραση της λαϊκής κυριαρχίας, ασκεί τη νομοθετική λειτουργία και παρέχει εμπιστοσύνη στην Κυβέρνηση, η οποία καθορίζει τη γενική πολιτική της Χώρας. Αντιθέτως, κύρια αποστολή των ΟΤΑ είναι, σύμφωνα με το άρθρο 102 παρ. 1 εδάφ. πρώτο και δεύτερο Σ., η διοίκηση των τοπικών υποθέσεων και μάλιστα υπό την εποπτεία του Κράτους, κατά την παρ. 4 του ίδιου άρθρου.

Ακολούθως, με την απόφαση της Ολομέλειας 3317/2014 κρίθηκε υπόθεση που αφορούσε την είσοδο στις στρατιωτικές σχολές προσώπων αλλογενών που έχουν αποκτήσει την ελληνική ιθαγένεια. Έγινε δεκτό ότι με την απόκτηση της ελληνικής ιθαγένειας δημιουργείται μια νέα νομική διεθνής κατάσταση για τον πολιτογραφηθέντα, ο οποίος εξομοιώνεται πλήρως με τον έχοντα την ελληνική ιθαγένεια από καταγωγή και, επομένως, απολαμβάνει όλα τα δικαιώματα και βαρύνεται με όλες τις υποχρεώσεις που καθορίζει το νομικό καθεστώς του έλληνα πολίτη.¹⁰ Ειδικότερα, ο πολιτογραφηθείς ως έλληνας πολίτης¹¹ έχει, μεταξύ των άλλων, τα συνταγματικά δικαιώματα ίδρυσης πολιτικού κόμματος (άρθρο 29 παρ. 1 του Συντάγματος), του εκλέγειν και του εκλέγεσθαι στις βουλευτικές εκλογές (άρθρα 51 παρ. 3 και 55 παρ. 1 του Συντάγματος) καθώς και τις απορρέουσες από το Σύνταγμα υποχρεώσεις της συνεισφοράς στα δημόσια βάρη, της υποχρεωτικής στρατιωτικής θητείας (άρθρο 4 παρ. 5 και 6 του Συντάγματος) και της εκπλήρωσης του χρέους της κοινωνικής και εθνικής αλληλεγγύης (άρθρο 25 παρ. 4 του Συντάγματος). Στο πλαίσιο αυτό, κατά τη

10 Βλ. για τον πολίτη και τον αλλοδαπό ως φορέα θεμελιωδών δικαιωμάτων Δ.Θ. Τσάτσου, *Συνταγματικό Δίκαιο Γ'. Θεμελιώδη δικαιώματα. Γενικό Μέρος Ι*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1987, σ. 169 επ.

11 Ενδιαφέρουσα ιστορική αναδρομή στην έννοια του πολίτη επιχειρεί ο Σ. Τρωϊάνος, «Η έννοια του "πολίτη" στα συνταγματικά κείμενα της ελληνικής επαναστάσεως (1821-1828) και στο Σύνταγμα του 1844», σε Πανεπιστήμιο Αθηνών, *Χαρμόσυνο Αριστόβουλου Μάνεση ΙΙΙ*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1999, σ. 283 επ.

διάταξη της παρ. 4 του άρθρου 4, η οποία και εγγυάται την ίση πρόσβαση όλων των ελλήνων στις δημόσιες λειτουργίες, δεν είναι συνταγματικώς επιτρεπτή διάκριση των ελλήνων πολιτών ανάλογα με την εθνική τους καταγωγή. Μόνη εξαίρεση εισάγει το ίδιο το Σύνταγμα στο άρθρο 31 στο οποίο ορίζεται ότι Πρόεδρος της Δημοκρατίας μπορεί να εκλεγεί Έλληνας πολίτης ο οποίος έχει από πατέρα ή μητέρα ελληνική καταγωγή. Επομένως, διατάξεις του κοινού ή του κανονιστικού νομοθέτη με τις οποίες θεσπίζεται ως προσόν, για την πρόσβαση στις δημόσιες λειτουργίες, εκτός από την ελληνική ιθαγένεια και η ελληνική καταγωγή, αντίκεινται στο Σύνταγμα. Σημειωτέον ότι σε ορισμένους κανονισμούς στρατιωτικών σχολών προβλέπεται ως προσόν ότι ο υποψήφιος πρέπει να έχει όχι μόνο την ελληνική ιθαγένεια αλλά επιπλέον να είναι Έλληνας το γένος.

Περαιτέρω με την 2946/2015 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας κρίθηκε ότι διατάξεις με τις οποίες τίθεται ως προϋπόθεση, για τον διορισμό ως υπαλλήλου στο Υπουργείο Εξωτερικών αλλοδαπού, που απέκτησε την ελληνική ιθαγένεια με πολιτογράφηση, η συμπλήρωση τριών ετών από την πολιτογράφηση του, θεσπίζεται για μία, αντικειμενικώς καθοριζόμενη, κατηγορία Ελλήνων πολιτών, περιορισμός του δικαιώματος προσβάσεως αυτών σε δημόσια λειτουργία, ο περιορισμός, όμως, αυτός δεν οδηγεί σε πλήρη και οριστικό αποκλεισμό αυτών από το εν λόγω δικαίωμα και, κατά συνέπεια, δεν αντίκειται στις περί ισότητας διατάξεις του άρθρου 4 του Συντάγματος. Αντιθέτως, κατά την μειοψηφία η επίμαχη διάταξη αντίκειται στις περί ισότητας διατάξεις του άρθρου 4 Σ., που εγγυάται την ίση πρόσβαση όλων των Ελλήνων πολιτών στις δημόσιες λειτουργίες και δεν επιτρέπει την διάκριση αυτών αναλόγως της εθνικής τους καταγωγής. Η ρύθμιση αυτή είναι παλαιά και είχε επικριθεί από τους Α. Σβώλο-Γ. Βλάχο οι οποίοι επισήμαναν ότι ο νομοθέτης δεν ορίζει προσόν αλλά ανατρέπει εις βάρος κατηγορίας πολιτών τις συνέπειες της ιθαγένειας, ήτοι την απόλαυση όλων των δικαιωμάτων που απορρέουν από την απόκτησή της.

Με την απόφαση 204/2005 κρίθηκε ότι το δικηγορικό επάγγελμα είναι μεν ελεύθερο επάγγελμα, έχει όμως παράλληλα και το χαρακτήρα δημοσίου λειτουργήματος συνδεδεμένου με το σύστημα απονομής της δικαιοσύνης, δηλαδή μιας από τις τρεις θεμελιώδεις κατά το άρθρο 26 Σ. κρατικές λειτουργίες και υπόκειται, για το λόγο αυτό, σε έντονη ρυθμιστική επέμβαση από το νομοθέτη, όπως συνάγεται από τον Κώδικα Δικηγόρων. Ενόψει της φύσεως του δικηγορικού επαγγέλματος και, ειδικότερα, της σημαντικής θεσμικά αποστολής των δικηγόρων περί την απονομή της δικαιοσύνης και την αποτελεσματική άσκηση του κατά το άρθρο 20 παρ. 1 του Σ. δικαιώματος για παροχή έννομης προστασίας, μπορεί ο κοινός νομοθέτης, επιτρεπώς κατά το Σύνταγμα, να κρίνει ότι το δημόσιο συμφέρον επιβάλλει την άσκηση του δικηγορικού επαγγέλματος μόνο από Έλληνες πολίτες ή από πολίτες κεκτημένους την ιθαγένεια Κράτους – μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή, κατ' εξαίρεση, από ομογενείς αλλοδαπούς, να αποκλείσει δε το διορισμό ως δικηγόρων των λοιπών αλλοδαπών. Τούτο, ενόψει και του ότι στους αλλοδαπούς που

βρίσκονται στην ελληνική επικράτεια παρέχεται μεν κατά την παρ. 2 του άρθρου 5 Σ. απόλυτη προστασία της ζωής, της τιμής και της ελευθερίας τους, αλλά δεν προστατεύεται από το Σύνταγμα απολύτως και κάθε οικονομική ή επαγγελματική δραστηριότητά τους, ως απόρροια της κατοχυρούμενης με την προηγούμενη παρ. 1 του ίδιου άρθρου γενικής ελευθερίας αναπτύξεως της προσωπικότητας και συμμετοχής στην οικονομική ζωή της χώρας, η οποία, άλλωστε, όπως προαναφέρθηκε, μπορεί να υποβάλλεται από τον κοινό νομοθέτη σε περιορισμούς ακόμη και για τους έλληνες πολίτες. Επομένως, δεν αντίκειται στο άρθρο 5 παρ. 1 Σ. διάταξη του Κώδικα Δικηγόρων, με την οποία προβλέπεται η άσκηση του δικηγορικού επαγγέλματος από έλληνες πολίτες ή πολίτες Κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης και, κατ' εξαίρεση, από ομογενείς αλλοδαπούς και επιβάλλεται στους λοιπούς αλλοδαπούς που επιθυμούν να ασκήσουν το δικηγορικό επάγγελμα η προηγούμενη κτήση της ελληνικής ιθαγένειας.¹² Να σημειωθεί ότι στην απόφαση αυτή δεν γίνεται αναφορά στο άρθρο 4 παρ. 4 Σ., παρά το γεγονός ότι η δικηγορία θεωρείται ότι έχει και το χαρακτήρα δημοσίου λειτουργήματος, και η υπόθεση κρίνεται αποκλειστικά επί τη βάση του άρθρου 5 παρ. 1 Σ., το οποίο συνδέεται με την επαγγελματική πτυχή της δικηγορίας.

Οι διακρίσεις στην πρόσβαση αλλά και στην αποχώρηση από τα δημόσια λειτουργήματα συνδέονται στενά με τα όρια ηλικίας, τα οποία απασχόλησαν τον τελευταίο καιρό την επικαιρότητα με αφορμή τη συζήτηση για το όριο ηλικίας προς αποχώρηση των δικαστικών λειτουργών. Το Συμβούλιο της Επικρατείας έχει εκδώσει σειρά αποφάσεων επί των ζητημάτων αυτών. Ειδικότερα, α) με την 851/2011 απόφαση κρίθηκε κατά πλειοψηφία ως συμβατή με το Σύνταγμα και την Οδηγία 2000/78/ΕΚ ρύθμιση που ορίζει το 35ο έτος της ηλικίας ως ανώτατο όριο εισόδου για τους ειρηνοδίκες, με τη σκέψη ότι εξυπηρετεί λόγους δημοσίου συμφέροντος συναπτόμενους με την καλή οργάνωση και λειτουργία της δικαιοσύνης, είναι εύλογο, δεν είναι απρόσφορο προς την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού ούτε τελεί σε προφανή δυσαναλογία προς αυτούς, β) με την 3762/2010 απόφαση κρίθηκε συνταγματική η πρόβλεψη του 40ου έτους ως ανώτατου ορίου για την είσοδο στην Εθνική Σχολή Δικαστών με τη σκέψη ότι διασφαλίζει τη στελέχωση των δικαστηρίων με έμπειρους δικαστές και εναρμονίζεται με τις διατάξεις του Οργανισμού Δικαστηρίων, ο οποίος καθορίζει ελάχιστο όριο παραμονής των δικαστών σε κάθε βαθμό της ιεραρχίας προκειμένου να κριθούν για προαγωγή, γ) με την 1681/2013 απόφαση κρίθηκε συμβατός με το Σύνταγμα και την Οδηγία 2000/78/ΕΚ ο καθορισμός ως ανωτάτου ορίου

12 Βλ. Γ. Τασόπουλου, *Το ηθικοπολιτικό θεμέλιο του Συντάγματος*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2001, σ. 211 επ., με ενδιαφέρουσες σκέψεις για τους φορείς της αξίας του ανθρώπου, πρόσωπα και πολίτες, και κριτική για την αναγωγή της ιθαγένειας σε έννοια κλειδί για τη σχέση μεταξύ πολιτείας και των υποκειμένων της η οποία στην πραγματικότητα αποτελεί σύμπτωμα μιας βαθύτερης κρίσης από την οποία δοκιμάζεται η προσωποκρατία.

ηλικίας του 35ου έτους της ηλικίας για τους υποψήφιους προς κατάληψη θέσεων εικονοληπτών στην ΕΡΤ λόγω των ιδιαίτερων συνθηκών εργασίας που απαιτούν φυσική ευρωστία και αυξημένη σωματική αντοχή που κατά κοινή πείρα μειώνονται με την πρόοδο της ηλικίας, δ) με την 1898/2015 απόφαση κρίθηκε ότι η διατήρηση ως ανωτάτου ορίου ηλικίας του 45ου για την τοποθέτηση ή πρόσληψη των προστατευομένων προσώπων του ν. 2643/1998 σε επιχειρήσεις του δημοσίου και ιδιωτικού τομέα είναι αντίθετη στην Οδηγία 2000/78/ΕΚ, διότι από τις εισηγητικές εκθέσεις των νόμων δεν προκύπτουν λόγοι σχετιζόμενοι με την κοινωνική πολιτική που επιβάλλουν να διαφοροποιηθεί το επίμαχο όριο για τις εν λόγω επιχειρήσεις σε σχέση με το Δημόσιο, τα νηπδ και τους ΟΤΑ, όπου το όριο αυτό καταργήθηκε. Το Δικαστήριο στην απόφαση αυτή ερμηνεύει την Οδηγία 2000/78/ΕΚ και παραπέμποντας σε νομολογία του ΔΕΕ κρίνει ότι, κατά την έννοιά της, διαφορετική μεταχείριση στηριζόμενη στην ηλικία δεν συνιστά διάκριση απαγορευόμενη εφόσον δικαιολογείται από θεμιτό στόχο ιδίως στον τομέα της κοινωνικής πολιτικής, ε) με την 1032/2010 απόφαση κρίθηκε ότι είναι συμβατή με το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο η θέσπιση του 70ου έτους για την αποχώρηση των εκτελωνιστών από την υπηρεσία λόγω της βιολογικής κάμψης που επέρχεται με τη συμπλήρωση του ως άνω ορίου για την άσκηση του συγκεκριμένου επαγγέλματος καθώς και της ανάγκης αποσυμφόρμησης του επαγγέλματος και δημιουργίας ευκαιριών σταδιοδρομίας στους νεότερους, στ) με την απόφαση 1706/2013 κρίθηκε συμβατή με το Σύνταγμα και το ενωσιακό δίκαιο διάταξη που προβλέπει την αποχώρηση των διπλωματών που δεν φέρουν πρεσβευτικό βαθμό με τη συμπλήρωση του 60ου έτους, με τη σκέψη ότι ο νομοθέτης αποβλέπει στην ισόρροπη ηλικιακή διάρθρωση εντός του διπλωματικού κλάδου και στη διευκόλυνση της πρόσβασης των νέων στο σώμα, ενώ η πρόβλεψη του 65ου έτους για τους φέροντες πρεσβευτικό βαθμό δικαιολογείται από την ανάγκη να υπηρετούν οι υπάλληλοι αυτοί για ικανό χρόνο στους ανώτατους βαθμούς τιθέμενοι μάλιστα κατά κανόνα επικεφαλής των πρεσβειών της χώρας στα ξένα κράτη.

Επισημαίνεται ότι κατά τη νομολογία του ΔΕΕ παγίως γίνεται δεκτό (C-286/12, C-141/11, C-159/2010, C-160/2010) ότι τα κράτη-μέλη διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια στον καθορισμό των μέτρων μέσω των οποίων εκπληρώνονται οι σκοποί δημοσίου συμφέροντος. Κάθε κράτος-μέλος έχει ευρύ περιθώριο εκτιμήσεως αφενός να επιλέξει τον τύπο του κανόνα δικαίου (συνταγματικό ή νομοθετικό) που θα εκπληρώσει κατά τον βέλτιστο τρόπο τον δημόσιο σκοπό και αφετέρου να καθορίσει το περιεχόμενο του σχετικού κανόνα δικαίου, καθότι έχει συνείδηση των ιδιαίτερων κοινωνικών, οικονομικών, δημοσιονομικών και εν γένει πολιτικών συνθηκών που επικρατούν σε αυτό, δύναται δε να καταλείπει στον συντακτικό ή, μέσω αυτού, στον κοινό νομοθέτη την εξουσία να ορίζει, να μεταβάλλει ή/και να καταργεί το όριο ηλικίας των ασκούντων δημόσιο λειτουργήμα. Οι κανόνες του ενωσιακού δικαίου δεν υποβάλλουν ούτε τον τύπο αλλά ούτε και την ουσία ενός κανόνα δικαίου που ρυθμίζει το όριο ηλικίας των ασκούντων

δημόσιο λειτουργήμα σε κράτος-μέλος. Ο καθορισμός του ορίου ηλικίας αποχώρησης, αν και δεν αντίκειται, κατ' αρχήν, στις Οδηγίες 2000/43 και 2000/78, καθώς και στην αρχή της ίσης μεταχείρισης και της καταπολέμησης των διακρίσεων λόγω ηλικίας, συνιστά εντούτοις παρέκκλιση από την αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων λόγω ηλικίας. Ως παρέκκλιση, λοιπόν, πρέπει να υπαγορεύεται από σκοπούς που συνδέονται με την κοινωνική πολιτική και δη με τους τομείς απασχολήσεως.

Το Συμβούλιο της Επικρατείας ασχολήθηκε ήδη από τον πρώτο χρόνο λειτουργίας του με την πρόσβαση γυναικών σε δημόσια λειτουργήματα, εκδίδοντας την απόφαση 42/1929 με την οποία απορρίφθηκε αίτηση ακυρώσεως γυναίκας υποψήφιας για θέση εισηγητή στο Συμβούλιο της Επικρατείας. Το Δικαστήριο έκρινε ότι από το σύνολο της νομοθεσίας για την είσοδο δικαστών προκύπτει ότι ο νομοθέτης θέλησε να μην διορίζονται γυναίκες στο δικαστικό σώμα, τούτο δε δεν αντίκειται στην αρχή της ισότητας διότι δεν αποκλείεται ο νομοθέτης να εισάγει περιορισμούς και εξαιρέσεις.¹³ Έκτοτε η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σχετικά με τις διακρίσεις λόγω φύλου, έλαβε σαφώς πιο προοδευτικούς προσανατολισμούς ανταποκρινόμενη στις διεθνείς και ευρωπαϊκές εξελίξεις αλλά και στις απαιτήσεις της κοινωνίας.¹⁴ Ειδικότερα, με την απόφαση 1917/1998 της Ολομέλειας, κρίθηκε η ποσόστωση των γυναικών κατά τη είσοδο στην Ελληνική Αστυνομία. Επρόκειτο για αρνητικής μορφής ποσόστωση, δηλαδή για διάκριση λόγω φύλου, αφού έθετε φραγμό στην εισαγωγή γυναικών στην ΕΛΑΣ. Το Δικαστήριο αρχικώς κάνει αναφορά στη λήψη θετικών μέτρων προς αποκατάσταση της πραγματικής ισότητας, στη συνέχεια αξιοποιεί το άρθρο 116 παρ. 2 Σ. 1975 σε συνδυασμό με την Οδηγία 76/207/ΕΟΚ και δέχεται ότι θεσπίζεται η αρχή της ισότητας των φύλων κατά την πρόσβαση στα επαγγέλματα και ότι απόκλιση πέρα από την περίπτωση θετικών μέτρων είναι θεμιτή μόνον εφόσον προβλέπεται από ειδική διάταξη νόμου, προκύπτει ότι θεσπίστηκε με πρόσφορα κριτήρια και δικαιολογείται από αποχρώντες λόγους, είναι δε αναγκαία και πρόσφορη για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επί τη βάση των ανωτέρω κρίθηκε, κατά πλειοψηφία, αντισυνταγματική η ποσόστωση για την εισαγωγή στην ΕΛΑΣ γιατί στη σχετική υπουργική απόφαση δεν εκτίθενται τα κριτήρια επί των οποίων εδράζεται η ανάγκη θέσπισης της ποσόστωσης για την εισαγωγή γυναικών

13 Βλ. Σ. Παπαφράγκου, «Διορισμός γυναικών εις δημοσίας θέσεις ιδία εις θέσεις δικαστών οι εν τω Συμβουλίω της Επικρατείας εισηγηταί», σε *Μελέται-Λόγοι-Διαλέξεις*, Εν Αθήναις, 1940, σ. 225 επ. Ο Σ. Παπαφράγκος ήταν ο εισηγητής στην υπόθεση αυτή και στο ως άνω κείμενο αποτυπώνεται η εισήγησή του ενώπιον του Δικαστηρίου.

14 Στην ιστορική εξέλιξη της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας από την ίδρυσή του στο ζήτημα της ισότητας των φύλων αναφέρεται ο Δ. Καλλιβωκάς, «Η αρχή της ισότητας των δύο φύλων στη νομολογία του ΣτΕ», σε *Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας 1929-1979 Ι*, Αθήναι-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1979, σ. 437 επ.

αλλά γίνεται γενική αναφορά στις ιδιαιτερότητες των δραστηριοτήτων της ΕΛΑΣ.¹⁵ Μετά την απόφαση αυτή της Ολομέλειας ο κοινός και ο κανονιστικός νομοθέτης επανήλθαν για την ποσόστωση γυναικών κατά την εισαγωγή στην ΕΛΑΣ και κατέγραψαν συγκεκριμένα τις δραστηριότητες της ΕΛΑΣ και τις ανάγκες σε προσωπικό που αναλαμβάνουν τα αμιγώς αστυνομικά καθήκοντα καθώς και τα διοικητικά καθήκοντα. Το Δικαστήριο με αποφάσεις του Γ' Τμήματος έκρινε ότι οι νέες αυτές ρυθμίσεις είναι συνταγματικές (ΣτΕ 3111/2002 κ.α.).

Αξιοπρόσεκτη τομή στη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας συνιστά η 1933/1998 απόφαση της Ολομέλειας με την οποία κρίθηκε, κατά πλειοψηφία, ως συνταγματική η ποσόστωση του ν. 2085/1992 υπέρ των γυναικών που όριζε ότι σε κάθε υπηρεσιακό συμβούλιο συμμετέχει τουλάχιστον μία γυναίκα που έχει τα απαιτούμενα προσόντα. Το Δικαστήριο, παρά το γεγονός ότι στο Σύνταγμα πριν την αναθεώρηση του 2001 δεν προβλέπονταν ρητώς τα θετικά μέτρα,¹⁶ έκρινε ότι από τις διατάξεις των παρ. 1 και 2 του άρθρου 4 Σ. προκύπτει ότι σε περίπτωση που διαπιστώνεται ότι σε βάρος κατηγορίας προσώπων έχουν δημιουργηθεί στην πράξη διακρίσεις λόγω κοινωνικών προκαταλήψεων είναι εντός του πνεύματος της αρχής της ισότητας η λήψη θετικών μέτρων από το νομοθέτη για ορισμένο χρονικό διάστημα που είναι πρόσφορα και αναγκαία ώστε να εγκαθιδρυθεί πραγματική ισότητα. Η θέση αυτή ενισχύεται και από την 76/207 Οδηγία του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης καθώς και από τη Σύμβαση των Ηνωμένων Εθνών για την εξάλειψη όλων των διακρίσεων που κυρώθηκε με το ν. 1342/1983.

Στο άρθρο 116 παρ. 2 Σ. 1975 προβλεπόταν ότι αποκλίσεις από την παρ. 2 του άρθρου 4 Σ., που κατοχυρώνει την ισότητα ανδρών και γυναικών, επιτρέπονται μόνο για αποχρώντες λόγους στις ειδικώς από το νόμο οριζόμενες περιπτώσεις.¹⁷ Μετά την αναθεώρηση του 2001 η διάταξη του άρθρου 116 παρ. 2 αντικαταστάθηκε προβλέποντας ρητά τη λήψη θετικών μέτρων, χωρίς καμία αναφορά πλέον στη δυνατότητα αποκλίσεων. Αυτή η νέα διατύπωση οδηγούσε στην άποψη ότι ο νομοθέτης δεν μπορεί στο εξής να θεσπίζει αποκλίσεις επί τη βάσει του φύλου κατά την είσοδο σε δημόσιες θέσεις. Όμως, η ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας με τις αποφάσεις 1985-90/2005 επανέλαβε

15 Βλ. Χ. Χατζή, «Διακρίσεις λόγω φύλου», σε Μ. Τσαπόγα-Δ, Χριστόπουλου (επιμ.), Ελληνική Ένωση για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, *Τα δικαιώματα στην Ελλάδα 1953-2003. Από το τέλος του εμφυλίου στο τέλος της μεταπολίτευσης*, Αθήνα, εκδ. Καστανιώτη, 2004, σ. 164 επ.

16 Βλ. Γ. Γεραπετρίτη, «Τα θετικά μέτρα στο Σύνταγμα: Το ταξίδι προς την ουσιαστική ισότητα», σε Κέντρο Ευρωπαϊκού Συνταγματικού Δικαίου, *Πέντε χρόνια μετά τη συνταγματική αναθεώρηση του 2001. Τόμος πρώτος*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 2006, σ. 541 επ.

17 Βλ. Π. Παραρά, *Σύνταγμα 1975-Corpus I*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1982, σ. 79 επ. Επίσης βλ. Γ. Παπαδημητρίου, «Το Σύνταγμα και η ισονομία ανδρών και γυναικών» σε *Συνταγματικές Μελέτες (1975-2005) I*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2007, σ. 197 επ.

τη νομολογία που είχε διαμορφώσει και πριν την αναθεώρηση του 2001, ότι δηλαδή ο νομοθέτης έχει την ευχέρεια να εισάγει δικαιολογημένες αποκλίσεις από την αρχή της ισότητας των δύο φύλων, υπό την προϋπόθεση ότι προβλέπονται από ειδική διάταξη νόμου και ότι προκύπτει από το νόμο ή τις προπαρασκευαστικές εργασίες σε συνδυασμό και με τα διδάγματα της κοινής πείρας ότι οι αποκλίσεις αυτές θεσπίστηκαν με βάση συγκεκριμένα και πρόσφορα κριτήρια που επιτρέπουν στους ενδιαφερόμενους πολίτες και τελικώς στα δικαστήρια να ελέγχουν σε κάθε περίπτωση αν οι αποκλίσεις δικαιολογούνται πλήρως από τη φύση και τις συνθήκες εργασίας και αν είναι απολύτως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού.

Ακολούθησαν αποφάσεις με τις οποίες ποσοτώσεις γυναικών για την εισαγωγή σε δημόσιες υπηρεσίες ειδικών καθηκόντων κρίθηκαν συνταγματικές, ενώ αντιθέτως κρίθηκαν αντισυνταγματικές περιπτώσεις ποσόστωσης ή πλήρους αποκλεισμού γυναικών από την πρόσβαση σε τέτοιες υπηρεσίες. Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν οι αποφάσεις 414, 415 και 418/2006 για την ποσόστωση γυναικών για την εισαγωγή στην ΕΛ.ΑΣ. όπου εξετάστηκε η αιτιολογία που παρέθεσε ο νομοθέτης επί τη βάσει των δραστηριοτήτων που ασκεί η Αστυνομία. Στη δεύτερη κατηγορία εντάσσονται οι αποφάσεις 3018/2014 της ολομέλειας, που έκρινε ως αντίθετη προς το Σύνταγμα διάταξη αποκλείουσα πλήρως τις γυναίκες από το σώμα των ειδικών φρουρών, και οι αποφάσεις 146-7/2013 της ολομέλειας που ορίζει ότι ποσοστό 15% επιφυλάσσεται για γυναίκες στο ένστολο προσωπικό της δημοτικής αστυνομίας.

Ειδική περίπτωση έμμεσης διάκρισης των γυναικών κατά την είσοδο στην ΕΛ.ΑΣ. τέθηκε με τον καθορισμό ελάχιστου αναστήματος 1 μ. και 70 εκ. των υποψηφίων, όπως απαιτείται από το π.δ. 90/2003 και τη σχετική προκήρυξη. Το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την απόφαση 1420/2016, διατύπωσε προδικαστικό ερώτημα προς το ΔΕΕ ως εξής: «*Η διάταξη του άρθρου 1 παρ. 1 του π.δ. 90/2003 με την οποία....ορίζεται ότι οι ιδιώτες υποψήφιοι για τις Σχολές Αξιωματικών και Αστυφυλάκων της Αστυνομικής Ακαδημίας πρέπει, μεταξύ άλλων προσόντων, να έχουν ανάστημα (άνδρες και γυναίκες) τουλάχιστον 1,70 είναι σύμφωνη με τις διατάξεις των Οδηγιών 76/207/ΕΟΚ, 2002/73/ΕΚ και 2006/54/ΕΚ, οι οποίες απαγορεύουν κάθε έμμεση διάκριση λόγω φύλου όσον αφορά την πρόσβαση στην απασχόληση, την επαγγελματική εκπαίδευση και προώθηση και τις συνθήκες εργασίας στο δημόσιο τομέα (εκτός εάν η διαφορετική αυτή, κατ' αποτέλεσμα, μεταχείριση οφείλεται σε παράγοντες, οι οποίοι δικαιολογούνται αντικειμενικά και είναι ξένοι προς οποιαδήποτε διάκριση λόγω φύλου, δεν βαίνει δε πέρα του κατάλληλου και αναγκαίου μέτρου για την εξυπηρέτηση του επιδιωκόμενου μέτρου);*». Το Δικαστήριο είχε προηγουμένως παραθέσει πλούσια νομολογία του ΔΕΕ επί των αμέσου εφαρμογής διατάξεων των Οδηγιών 75/207/ΕΟΚ, 2002/73/ΕΚ και 2006/54/ΕΚ, μεταξύ των οποίων έχει γίνει δεκτό ότι έμμεση διάκριση λόγω φύλου υφίσταται σε περιπτώσεις, κατά τις οποίες η θέσπιση ενός κριτηρίου ή προσόντος, καίτοι διατυπωμένη κατά τρόπο ουδέτερο, περιάγει στην πραγματικότητα σε μειονεκτική θέση

πολύ μεγαλύτερο ποσοστό των εκπροσώπων του ενός φύλου, όσον αφορά στη δυνατότητα πρόσβασης σε επαγγελματική εκπαίδευση και απασχόληση, την επαγγελματική πρόωθηση και τις συνθήκες εργασίας, εκτός αν η διαφορετική αυτή, κατ' αποτέλεσμα, μεταχείριση οφείλεται σε παράγοντες οι οποίοι δικαιολογούνται αντικειμενικά και είναι ξένοι προς οποιαδήποτε διάκριση λόγω φύλου (C-100/95 Kording, C-243/95 Hill, C-187/00 Kutz Bauer, C-196/02 Νικολούδη κατά ΟΤΕ).

Το Συμβούλιο της Επικρατείας επελήφθη της συνταγματικότητας διάταξης νόμου που προβλέπει ποσόστωση φύλου στους εκλογικούς συνδυασμούς για την ανάδειξη των ΟΤΑ, δηλαδή τη λήψη θετικού μέτρου. Με τις αποφάσεις του Γ' Τμήματος επταμελούς σύνθεσης (2831-4, 3027-8, 3185, 3187-9/2003) κρίθηκε συνταγματική η ποσόστωση που αποβλέπει στην αποκατάσταση της ισότητας στο πεδίο της πολιτικής της τοπικής αυτοδιοίκησης, όπου ο νομοθέτης διαπίστωσε υποεκπροσώπηση των γυναικών κατά την ανάδειξη σε αιρετές θέσεις. Η ποσόστωση κρίθηκε συνταγματική λαμβανομένου υπόψη ότι αφορά μόνο την κατάρτιση των συνδυασμών, στους οποίους πρέπει κατά τη στιγμή της ανακήρυξής τους, να περιλαμβάνονται κατά το ένα τρίτο εκπρόσωποι κάθε φύλου, το μέτρο δε αυτό ισχύει μέχρι την αποκατάσταση ουσιαστικής ισότητας.¹⁸

Το Συμβούλιο της Επικρατείας ασχολήθηκε με περίπτωση διάκρισης λόγω αναπηρίας κατά τη διεξαγωγή διαγωνισμού για το διορισμό συμβολαιογράφων. Συγκεκριμένα, με την απόφαση 3729/2011 κρίθηκε ότι κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 21 παρ. 2, 3 και ιδίως 6 Σ., αλλά και των άρθρων 7 παρ. 1 εδ. β' και 8 παρ. 1 εδ. α' του ν. 3304/2005 και των αντίστοιχων διατάξεων των άρθρων 2 παρ. 2 εδ. β' και 3 παρ. 1 εδ. α' της οδηγίας 2000/78/ΕΚ, το ελληνικό κράτος έχει ειδική θετική υποχρέωση, να μεριμνά με τη θέσπιση ειδικών νομοθετικών ρυθμίσεων, ούτως ώστε οι υποψήφιοι με αναπηρία σε δημόσιους διαγωνισμούς να διαγωνίζονται με κατάλληλους, ενόψει της συγκεκριμένης αναπηρίας τους, όρους, ώστε, να μην τίθενται σε δυσμενέστερη θέση σε σχέση με τους μη ανάπηρους υποψηφίους. Εφόσον, όμως, δεν έχουν θεσπισθεί τέτοιες διατάξεις, και δεν υπάρχουν άλλες διατάξεις οι οποίες να είναι δυνατόν να εφαρμοσθούν αναλόγως και δεδομένου ότι, κατά το άρθρο 25 παρ. 1 εδ. β' Σ., όλα τα κρατικά όργανα υποχρεούνται να διασφαλίζουν την ανεμπόδιση και αποτελεσματική άσκηση των δικαιωμάτων του ανθρώπου, η Διοίκηση, δηλαδή τα όργανα διεξαγωγής του οικείου κάθε φορά διαγωνισμού και κάθε άλλη αρμόδια αρχή, οφείλουν να λαμβάνουν κάθε αναγκαίο μέτρο, απευθύνοντας ενδεχομένως ειδικά ερωτήματα στις αρμόδιες υγειονομικές επιτροπές και άλλα διοικητικά

18 Βλ. Μ. Πικραμένου, «Όψεις της εκλογικής νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας υπό τον Κώδικα Διοικητικής Δικονομίας», σε *Τόμος Τιμητικός του Συμβουλίου της Επικρατείας. 75 χρόνια*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2004, σ. 830 επ.. Βλ. επίσης Μ. Πικραμένου-Δ. Μαυροπόδη (επιμ.), *Η εκλογική νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας για τους οργανισμούς τοπικής αυτοδιοίκησης*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2006.

όργανα, προκειμένου να διασφαλισθούν οι κατάλληλες συνθήκες, ούτως ώστε οι υποψήφιοι με αναπηρία να διαγωνίζονται με ίσους όρους με τους λοιπούς υποψηφίους.

Επί τη βάσει των ανωτέρω το Δικαστήριο κατέληξε ότι μη υφισταμένων ειδικών διατάξεων διασφαλιστικών της ισότιμης συμμετοχής των ανάπηρων υποψηφίων στο διαγωνισμό, η Επιτροπή του Διαγωνισμού όφειλε να ενεργήσει, ώστε ενόψει του είδους της αναπηρίας της αιτούσας, να ληφθεί κάθε αναγκαίο μέτρο προκειμένου αυτή να διαγωνισθεί με ίσους αναλογικώς όρους με τους λοιπούς υποψηφίους, εφόσον αυτή, ήδη με την αίτηση συμμετοχής της και τη συνημμένη γνωμάτευση υγειονομικής επιτροπής, ενημέρωσε τη Διοίκηση ότι είχε τη συγκεκριμένη αναπηρία και ζήτησε τη λήψη των κατάλληλων μέτρων. Δεδομένου δε ότι, κατά κοινή πείρα, οι πάσχοντες από αναπηρία των κάτω άκρων κατά 100% και ορθοκυστικές διαταραχές μπορούν να αυτοεξυπηρετηθούν μόνον όταν έχουν πρόσβαση σε ειδική τουαλέτα, και ότι η αδυναμία πρόσβασης σε τουαλέτα κατά την εξέταση επί 3½ ώρες είναι δυνατόν να έχει δυσμενή επίδραση στην απόδοση του εξεταζόμενου, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι και μόνη η έλλειψη ειδικής τουαλέτας συνιστά απαγορευόμενη έμμεση δυσμενή διάκριση σε βάρος της αιτούσας, κατά την έννοια των άρθρων 7 παρ. 1 και 8 παρ. 1 εδ. α' του ν. 3304/2005, η οποία αντικειμενικά ενδεχομένως συνδέεται αιτιωδώς με την απόδοσή της στις εξετάσεις. Περαιτέρω, η Διοίκηση όφειλε να ερευνήσει, μήπως έπρεπε να ληφθούν και άλλα μέτρα πέραν της ειδικής πρόσβασης (ράμπας) και του ειδικού γραφείου που υπήρχαν και της ειδικής τουαλέτας που δεν υπήρχε, απευθύνοντας, ενδεχομένως, ειδικά ερωτήματα στις αρμόδιες υγειονομικές επιτροπές και άλλα διοικητικά όργανα, τα οποία θα όφειλαν να απαντήσουν με ταχύτητα και πληρότητα και να εκφέρει τελικά σχετική κρίση με ειδική αιτιολογία, ώστε να είναι εφικτός ο δικαστικός έλεγχος της κρίσης αυτής.

Με την 2625/2016 απόφαση επιταμελούς σύνθεσης κρίθηκε ο αποκλεισμός γυναίκας υποψήφιας από την είσοδο στο Δικαστικό Σώμα των Ενόπλων Δυνάμεων λόγω ελαφράς παχυσαρκίας. Το Δικαστήριο έκρινε, κατά πλειοψηφία, ότι το σύνολο των καθηκόντων και υποχρεώσεων των δικαστικών γραμματέων των Ενόπλων Δυνάμεων δικαιολογεί τη θέσπιση ειδικών προσόντων διορισμού στις αντίστοιχες θέσεις, τα οποία ανάγονται όχι μόνο στην ηθική και πνευματική συγκρότηση αλλά και στη σωματική ικανότητα των υποψηφίων για την πλήρωση των θέσεων αυτών. Συνεπώς, η θέσπιση ειδικών σωματικών προσόντων, μεταξύ των οποίων το ειδικό προσόν του σωματικού βάρους κάτω του ορίου της «ελαφράς παχυσαρκίας», δεν αντιβαίνει ούτε στη διάταξη του άρθρου 5 παρ. 1 του Σ., με την οποία κατοχυρώνεται η πρόσβαση κάθε Έλληνα πολίτη σε δημόσιες θέσεις και αξιώματα κατά τον λόγο της προσωπικής του αξίας και ικανότητας, ούτε στη συνταγματική αρχή της αναλογικότητας. Για τον λόγο αυτόν, η επίδικη ρύθμιση, με την οποία αποκλείεται από τον διαγωνισμό για την κατάληψη της ως άνω θέσης υποψήφιος με «ελαφρά παχυσαρκία» (βάρος 2/10 – 3/10 πάνω από το φυσιολογικό), ευρίσκει έρεισμα στην εξουσιοδοτική διάταξη του άρθρου 5 παρ. 4 του ν.δ. 657/1970.

Τέλος, ειδική περίπτωση εφαρμογής της αρχής της ισότητας κατά τη διάρκεια της σταδιοδρομίας λειτουργών και υπαλλήλων αποτελεί η χορήγηση γονικής άδειας. Το Συμβούλιο της Επικρατείας, με την απόφαση 1113/2014, επανέλαβε νομολογία του ΔΕΕ,¹⁹ σύμφωνα με την οποία κατά τη ρήτρα 1.1 της από 3.6.1996 συμφωνίας – πλαισίου, την οποία θέτει σε εφαρμογή η Οδηγία 96/34/ΕΚ, η γονική άδεια αποσκοπεί στην διευκόλυνση του συνδυασμού των επαγγελματικών και οικογενειακών ευθυνών των «εργαζομένων γονέων», σκοπός που, όπως υπενθυμίζεται στο σημείο 4 των «Γενικών Εκτιμήσεων» της εν λόγω συμφωνίας – πλαισίου, είχε ήδη ταχθεί με το σημείο 16 του Κοινοτικού Χάρτη των Θεμελιωδών Κοινωνικών Δικαιωμάτων των Εργαζομένων, του έτους 1989. Για τον ίδιο δε ακριβώς σκοπό, το δικαίωμα γονικής άδειας περιελήφθη μεταξύ των θεμελιωδών κοινωνικών δικαιωμάτων του Τίτλου IV «Αλληλεγγύη» του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (άρθρο 33 παρ. 2). Ο σκοπός αυτός της γονικής άδειας δεν ταυτίζεται με εκείνον της άδειας μητρότητας (Οδηγία 92/85/ΕΟΚ σε συνδυασμό με την Οδηγία 76/207/ΕΟΚ και, ήδη, Οδηγία 2006/54/ΕΚ), την οποία δικαιούται η εργαζόμενη μητέρα, ώστε να διασφαλίζεται, αφενός, η προστασία της βιολογικής καταστάσεως της γυναίκας κατά τη διάρκεια της εγκυμοσύνης και μετά από αυτήν, και, αφετέρου, η προστασία των ειδικών σχέσεων μεταξύ της γυναίκας και του τέκνου της κατά τον μετά την εγκυμοσύνη και τον τοκετό χρόνο, κατά τρόπον ώστε οι σχέσεις αυτές να μην διαταραχθούν από τη σώρευση των βαρών που προκύπτουν από την ταυτόχρονη άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας.²⁰ Εξάλλου, όπως προκύπτει από το πρώτο εδάφιο του προοιμίου και από τη ρήτρα 2.2 της προαναφερομένης συμφωνίας- πλαισίου, σκοπός αυτής είναι, επίσης, η προαγωγή της ισότητας ευκαιριών και μεταχειρίσεως μεταξύ των ανδρών και γυναικών, η οποία (ισότητα) κατοχυρώνεται, όσον αφορά στα θέματα εργασίας και απασχόλησης, με την Οδηγία 2006/54/ΕΚ. Περαιτέρω, προς επίτευξη των προαναφερομένων σκοπών της γονικής άδειας, αναγνωρίζεται «ατομικό δικαίωμα» λήψεως της επίμαχης άδειας υπέρ των «εργαζομένων γονέων», οι οποίοι φέρουν, συγχρόνως, και την υποχρέωση ανατροφής των τέκνων τους, ούτως ώστε, αφενός, να καθίσταται, στην πράξη, εφικτός ο συνδυασμός των επαγγελματικών τους ευθυνών με τις οικογενειακές τους υποχρεώσεις (απόφ. Χατζή, υποθ. C-149/10, σκέψεις 36 και 39) και, αφετέρου, να προωθείται «η συμμετοχή των γυναικών. στην ενεργό ζωή» και να ενθαρρύνονται οι άνδρες «να αναλάβουν ίσο μέρος των οικογενειακών ευθυνών» (βλ. σημεία 7 και 8 των «Γενικών Εκτιμήσεων» της συμφωνίας- πλαισίου).

Με βάση τα ανωτέρω το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν είναι απολύτως σαφές, ούτε έχει

19 Βλ. ΔΕΕ C-149/10, απόφαση της 16^{ης} Σεπτεμβρίου 2010, Χατζή.

20 Βλ. σημείο 9 των «Γενικών Εκτιμήσεων» της ως άνω συμφωνίας – πλαισίου και ΔΕΕ C-5/12, απόφαση της 19^{ης} Σεπτεμβρίου 2013, *Montull*, σκ. 50, και την εκεί μνημονευόμενη νομολογία.

διευκρινισθεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εάν οι προαναφερόμενες διατάξεις των Οδηγιών 96/34/ΕΚ και 2006/54/ΕΚ, όπως αυτές ισχύουν εν προκειμένω, έχουν την έννοια ότι δεν συνάδουν, προς αυτές, εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες, όπως η διάταξη του άρθρου 53, παρ. 3, εδάφιο τρίτο, του ν. 3528/2007, ορίζουν ότι η χορήγηση γονικής άδειας στον εργαζόμενο πατέρα δεν είναι επιτρεπτή αν η σύζυγός του δεν εργάζεται ή δεν ασκεί οποιοδήποτε επάγγελμα, εκτός εάν, λόγω σοβαρής πάθησης ή βλάβης, η τελευταία κριθεί ανίκανη να αντιμετωπίζει τις ανάγκες ανατροφής του παιδιού. Το Δικαστήριο κρίνει ότι είναι αναγκαίο να αναβάλει την έκδοση οριστικής αποφάσεως επί της κρινομένης αιτήσεως, προκειμένου να υποβάλει στο ΔΕΕ το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα: «Οι διατάξεις των Οδηγιών 96/34/ΕΚ και 2006/54/ΕΚ, όπως αυτές ισχύουν εν προκειμένω, έχουν την έννοια ότι απαγορεύουν εθνικές ρυθμίσεις, οι οποίες, όπως η επίμαχη διάταξη του άρθρου 53, παράγραφος 3, εδάφιο τρίτο, του Ν. 3528/2007, προβλέπουν ότι αν η σύζυγος του υπαλλήλου δεν εργάζεται ή δεν ασκεί οποιοδήποτε επάγγελμα, ο σύζυγος δεν δικαιούται γονική άδεια, εκτός αν, λόγω σοβαρής πάθησης ή βλάβης, κριθεί ανίκανη να αντιμετωπίσει τις ανάγκες ανατροφής του παιδιού;».

Το ΔΕΕ με την απόφαση της 16ης Ιουλίου 2015²¹ αποφάνθηκε ως εξής: «τόσο από το γράμμα της συμφωνίας - πλαίσιο όσο και από τους σκοπούς και το πλαίσιο στο οποίο αυτή εντάσσεται συνάγεται ότι καθένας από τους γονείς έχει δικαίωμα γονικής αδειας, στοιχείο που συνεπάγεται ότι τα κράτη μέλη δεν δύνανται να θεσπίζουν ρύθμιση βάσει της οποίας ο πατέρας δημόσιος υπάλληλος στερείται του δικαιώματος τέτοιας αδειας σε περίπτωση κατά την οποία η σύζυγός του δεν εργάζεται ή δεν ασκεί κανένα επάγγελμα» και, συνεπώς, «αντιβαίνει στις διατάξεις της οδηγίας 96/34/ΕΚ, όπως τροποποιήθηκε με την οδηγία 97/75/ΕΚ εθνική ρύθμιση η οποία προβλέπει ότι δημόσιος υπάλληλος δεν έχει δικαίωμα γονικής αδειας σε περίπτωση κατά την οποία η σύζυγός του δεν εργάζεται ή δεν ασκεί οποιοδήποτε επάγγελμα, εκτός αν, λόγω σοβαρής πάθησης ή βλάβης, κριθεί ανίκανη να αντιμετωπίσει τις ανάγκες ανατροφής του παιδιού».

Η αρχή της ισότητας διανύει ένα μακρύ και ατελεύτητο ταξίδι στην ιστορία του ανθρώπινου γένους με αναρίθμητα εμπόδια που συνάπτονται με ψυχολογικούς και κοινωνιολογικούς παράγοντες οι οποίοι επηρεάζουν τη στάση του ανθρώπου σε σχέση με τους άλλους και ιδίως απέναντι σε εκείνους που θεωρεί διαφορετικούς.²² Μέσα σε ένα κόσμο που χαρακτηρίζεται από στερεότυπα, από ανάγκη για εξουσία και υπεροχή, από συστηματική υποβάθμιση των ηθικών και ανθρωπιστικών αξιών, από βαθιά οικονομική κρίση και κοινωνική αποσάθρωση, οι διακρίσεις σε βάρος μεμονωμένων ανθρώπων και ομάδων, με βάση τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά και τη διαφορετικότητά τους, προβάλλουν ως

21 C-222/14, Κωνσταντίνος Μαϊστρέλλης.

22 Βλ. Δ.Λ. Κυριαζή-Γουβέλν, *Περί Δικαιωμάτων. Θεωρητική θεμελίωσις-Συνταγματική κατοχύρωσις*, Αθήνα, εκδ. Γρηγόρη, 1979, σ. 134 επ.

μεγάλη απειλή για τη σύγχρονη δημοκρατική πολιτεία που με τόσο κόπο οικοδομήθηκε πάνω στις αρχές του πολιτικού φιλελευθερισμού και του κοινωνικού κράτους.

Το σύγχρονο κράτος διαθέτει πλούσιο κανονιστικό οπλοστάσιο με πλήθος ρυθμίσεων στο Σύνταγμα, τις διεθνείς συμβάσεις και το ενωσιακό δίκαιο για την αρχή της ισότητας και την απαγόρευση των διακρίσεων. Η θέσπιση κανόνων αποτελεί αναμφισβήτητη αναγκαία βάση για τη ρύθμιση των σχέσεων και διαδραματίζει σημαντικό ρόλο στη ζωή μιας κοινωνίας, όμως οι νομικοί κανόνες δεν αρκούν για να επιτευχθεί η πραγματική ισότητα και να εξοβελισθούν οι διακρίσεις που βασανίζουν την καθημερινή ζωή εκατομμυρίων ανθρώπων. Απαιτούνται πολλά περισσότερα που έχουν να κάνουν με πολύμορφες και πολυεπίπεδες δράσεις, πρωτοβουλίες και πολιτικές των κρατικών οργάνων, των οργανώσεων που δραστηριοποιούνται στο πλαίσιο της κοινωνίας αλλά και των προσώπων που κατέχουν δημόσιες θέσεις, ασκούν επαγγέλματα και αναπτύσσουν εν γένει δραστηριότητες που επηρεάζουν στη δημιουργία κοινωνικών προτύπων και συμπεριφορών.

Ειδικά στο πεδίο των δημοσίων λειτουργημάτων η θέσπιση προσόντων, κωλυμάτων και άλλων ρυθμίσεων που εισάγουν διαφοροποιήσεις, γεννά αναπόφευκτα διακρίσεις οπότε το έργο του νομοθέτη και εν τέλει του δικαστή, όταν ο τελευταίος ελέγχει τις επιλογές του πρώτου, είναι δυσχερές καθότι κινείται στα λεπτά και ενίοτε δυσδιάκριτα όρια του δικαιολογημένου αυτών των διακρίσεων προς χάρη του δημοσίου συμφέροντος.

Οι διακρίσεις εμφανίζονται υπό διάφορες εκδοχές. Η μια εκδοχή είναι η ενίσχυση κατηγοριών προσώπων που τελούν υπό συνθήκες προστατευόμενες από το Σύνταγμα, όπως πολύτεκνοι, χήρες και ορφανά όσων έπεσαν στον πόλεμο, ανάπηροι πολέμου ή ειρηνικής περιόδου καθώς και άλλων κατηγοριών προσώπων για τις οποίες ο νομοθέτης επιφυλάσσει ιδιαίτερη μεταχείριση κατ' επίκληση λόγων δημοσίου συμφέροντος. Σ' αυτή την περίπτωση η ειδική φροντίδα από το κράτος μπορεί να εκδηλωθεί και προς την κατεύθυνση ιδιαίτερης μεταχείρισης για την είσοδο σε δημόσια λειτουργήματα αλλά η σχετική ενίσχυση πρέπει να αφορά συγκεκριμένους τομείς του δημοσίου, όπου υπάρχει περιθώριο για περιορισμένη κάμψη της αρχής της αξιοκρατίας, και η ιδιαίτερη αυτή μεταχείριση έχει ορισμένα όρια ώστε να μην κλυδωνίζεται η αρχή της αξιοκρατίας, όπως π.χ. όταν διαφυλάσσεται μεγάλος αριθμός θέσεων για τις ειδικές κατηγορίες ή όταν προβλέπεται μεγάλη βαθμολογική ενίσχυση που επιτρέπει την είσοδο και σε πρόσωπα των προστατευόμενων κατηγοριών χωρίς επαρκή ουσιαστικά προσόντα. Σε κάθε περίπτωση ο δημόσιος τομέας δεν πρέπει να αντιμετωπίζεται ως χώρος τακτοποίησης κατηγοριών προσώπων χωρίς να διασφαλίζεται ταυτόχρονα επαρκής σύνδεση με την αρχή της αξιοκρατίας. Η βαθιά κρίση που γνωρίζει η χώρα τα τελευταία χρόνια συνάπτεται και με την αδυναμία της να συγκροτήσει δημόσια διοίκηση με αξιοκρατικά κριτήρια.

Η δεύτερη εκδοχή είναι η εισαγωγή ρυθμίσεων που ουσιαστικά θέτουν φραγμό στην είσοδο προσώπων με ορισμένες ιδιότητες και χαρακτηριστικά, όπως είναι το φύλο, η

σωματική διάπλαση, το ανάστημα, ο βαθμός αναπηρίας, η ηλικία. Εδώ ο νομοθέτης πρέπει να εκκινεί από το ότι η αρχή της ίσης πρόσβασης είναι ο κανόνας και ότι η αρχή της αξιοκρατίας αποτελεί επίσης θεμελιώδη βάση για τη διαμόρφωση των επιλογών του. Επομένως οι διακρίσεις είναι η εξαίρεση και πρέπει να συνδέονται με την αρχή της αξιοκρατίας υπό την έννοια ότι όπου αυτές θεσπίζονται, αποβλέπουν στη στελέχωση δημοσίων θέσεων, ειδικής φύσης και αποστολής, με τα καταλληλότερα από απόψεως προσόντων και ικανοτήτων πρόσωπα. Τούτο σημαίνει ότι ο νομοθέτης πρέπει να είναι ιδιαίτερα προσεκτικός κατά την αιτιολόγηση των σχετικών διακρίσεων και να τεκμηριώνει με συγκεκριμένα στοιχεία και δεδομένα τις επιλογές του ως προς τη φύση των θέσεων που επιβάλλουν ειδικά προσόντα, κατ' απόκλιση από την αρχή της ίσης πρόσβασης, με αναφορές, όπου είναι δυνατό στη διεθνή και ευρωπαϊκή εμπειρία, ώστε να καθίσταται ευχερής ο δικαστικός έλεγχος ο οποίος από τη φύση του είναι οριακός. Δεν αρκεί με άλλα λόγια όχι μόνο η γενική επίκληση λόγων δημοσίου συμφέροντος αλλά και η παράθεση περιορισμένων στοιχείων και δεδομένων τα οποία, κατά την εκτίμηση του ακυρωτικού δικαστή, δεν μπορούν να στηρίξουν με επάρκεια τις εισαγόμενες διακρίσεις.

Ως επίλογο της εισήγησης διαλέγω ένα απόσπασμα από τον Φίλωνα στο οποίο αναδεικνύεται η διαχρονική σημασία της αρχής της ισότητας:

«έστι γάρ ισότης ... μήτηρ δικαιοσύνης ισότης δέ φώς άσκιον, ήλιος ... νοητός ... πάντα ισότης τά τε κατ' ουρανόν καί τά επί γής εύ διετάξατο νόμοις καί θεσμούς ακινήτοις»

“Equality is the mother of justice; equality is light without shadow, sun of the intellect; equality regulates both universe and earth, abiding by laws immovable”.

Οι πολλαπλές διακρίσεις στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης: Status quo και προοπτικές μεταβολής του

Δημοσθένης Λέντζης

1. Εισαγωγή

Στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, η απαξία όσων διακρίσεων βασίζονται στο φύλο, τη φυλή, την εθνική καταγωγή, τη θρησκεία και τις πεποιθήσεις, την ηλικία, την αναπηρία, και τον σεξουαλικό προσανατολισμό είναι μεγάλη. Εύλογα θα ανέμενε λοιπόν κανείς η απαξία όσων διακρίσεων βασίζονται σε δύο ή και περισσότερους από τους ανωτέρω λόγους, η απαξία των αποκαλούμενων «πολλαπλών διακρίσεων», να είναι εξίσου μεγάλη – αν όχι μεγαλύτερη. Άλλωστε, ένας από τους στόχους της ανακήρυξης του 2007 σε «ευρωπαϊκό έτος ίσων ευκαιριών για όλους» ήταν η ευαισθητοποίηση για το πρόβλημα των πολλαπλών διακρίσεων.¹ Ωστόσο, οι πολλαπλές διακρίσεις, παρά το έντονο ενδιαφέρον της θεωρίας, δεν έχουν απασχολήσει ιδιαίτερα ούτε τον νομοθέτη της Ένωσης ούτε τον δικαστή της. Για την ακρίβεια, το δίκαιο της Ένωσης δείχνει να ασπάζεται την κρατούσα ανέκαθεν στους κύκλους των νομικών της πράξης άποψη ότι η αναγνώριση των πολλαπλών διακρίσεων ως ειδικής κατηγορίας διακρίσεων θα περιέπλεκε έτι περαιτέρω το ομολογουμένως ήδη αρκετά περίπλοκο ισχύον νομικό καθεστώς καταπολέμησης

1 Βλ. άρθρο 2 στοιχείο α) της Απόφασης 771/2006/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 17.5.2006, «σχετικά με το Ευρωπαϊκό Έτος Ίσων Ευκαιριών για Όλους (2007) – Προς μια δίκαιη κοινωνία», ΕΕ αριθ. L 146 της 31.5.2006. σ. 1.

των διακρίσεων. Πέραν τούτου, οι πολλαπλές διακρίσεις αποτελούν ένα φαινόμενο που, αν και υπαρκτό, στην Ευρώπη αφορά προς στιγμήν κυρίως τις γυναίκες ασιατικής και αφρικανικής καταγωγής και τις γυναίκες Ρομά, δυο ομάδες δίχως ισχυρή φωνή στα κέντρα λήψης αποφάσεων.² Στην ανά χείρας μελέτη, γίνεται προσπάθεια να αποτυπωθεί η παρούσα κατάσταση των πραγμάτων ως προς τις πολλαπλές διακρίσεις στην ενωσιακή νομοθεσία (υπό 3.) και νομολογία (υπό 4.) και να ανιχνευθούν τυχόν προοπτικές μεταβολής της. Προηγουμένως, κρίνεται σκόπιμη η παροχή ορισμένων σύντομων διευκρινίσεων για την ίδια την έννοια των πολλαπλών διακρίσεων (υπό 2.).

2. Για την έννοια των πολλαπλών διακρίσεων

Η προβληματική των πολλαπλών διακρίσεων αναπτύχθηκε στα τέλη του περασμένου αιώνα στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής. Αφορμή αποτέλεσε η εμπειρική διαπίστωση ότι, σε πάρα πολλούς τομείς, οι μαύρες γυναίκες βρίσκονται σε μειονεκτική θέση, αφενός, εξαιτίας του χρώματος του δέρματός τους, σε σχέση με τις λευκές γυναίκες (που βρίσκονται σε μειονεκτική θέση, εξαιτίας του φύλου τους, σε σχέση με τους λευκούς άνδρες) και, αφετέρου, εξαιτίας του φύλου τους, σε σχέση με τους μαύρους άνδρες (που βρίσκονται σε μειονεκτική θέση, εξαιτίας του χρώματος του δέρματός τους, και πάλι σε σχέση με τους λευκούς άνδρες).³ Σύμφωνα με την κεντρική παραδοχή της προβληματικής των πολλαπλών διακρίσεων, κάθε άτομο φέρει πλείονα ταυτοτικά χαρακτηριστικά (κάθε άτομο έχει ηλικία, φύλο, φυλετική και εθνική καταγωγή, αποκτά θρησκευτικές πεποιθήσεις και σεξουαλικό προσανατολισμό, ενδεχομένως γεννιέται ή γίνεται ανάπηρο κ.τ.λ.), δύναται επομένως να αντιμετωπίσει διακρίσεις εξαιτίας όχι μόνον ενός αλλά και περισσότερων από αυτά, γεγονός το οποίο φαίνεται να παραβλέπει η κυρίαρχη μονοδιάστατη αντίληψη περί ταυτοτήτων και, κατ' επέκταση, διακρίσεων.⁴ Όσο πιο πολύ διαφέρει κανείς από την «πλειοψηφία» και απ' ό,τι εκείνη αποδέχεται ως νόρμα, τόσο αυξάνεται ο κίνδυνος

2 Βλ. S. Fredman, «Double trouble: multiple discrimination and EU law», *EADLR* 2/2005, σ. 14-16· και, γενικότερα, U. Vieten, «Tackling the conceptual order of multiple discrimination: Situating different and difficult genealogies of race and ethnicity», σε D. Schiek and A. Lawson (eds.), *European Union non-discrimination law and intersectionality: Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*, Farnham, Ashgate, 2011, σ. 63-76.

3 Η πρώτη που επεξεργάσθηκε θεωρητικά αυτήν την εμπειρική διαπίστωση ήταν η καθηγήτρια Νομικής του UCLA Kimberle Crenshaw. Βλ. K. Crenshaw, «Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics», *UChiLF* 1989, σ. 139-167· και K. Crenshaw, «Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color», *StanLRev* 1991, σ. 1241-1299.

4 Βλ. X. Δεληγιάννη-Δημητράκου, «Οι πολλαπλές διακρίσεις: συγκριτική προσέγγιση», *ΕΕργΔ* 2012, σ. 966.

να υποστεί διακρίσεις και να τεθεί στο κοινωνικό περιθώριο. Άλλωστε, τα ταυτοτικά χαρακτηριστικά συνυπάρχουν και αλληλεπιδρούν μεταξύ τους, με αποτέλεσμα δύο άτομα να μη βιώνουν απαραίτητα παρόμοιες εμπειρίες, παρότι μοιράζονται το ίδιο ταυτοτικό χαρακτηριστικό (π.χ. δεν έχουν όλες οι γυναίκες ή όλα τα άτομα με αναπηρία τις ίδιες προσλήψεις ούτε πρεσβεύουν απαραίτητα τις ίδιες αξίες όσον αφορά τις εις βάρος τους διακρίσεις).⁵

Ο όρος «πολλαπλές διακρίσεις» (multiple discriminations) είναι γενικός και χρησιμοποιείται για να περιγράψει τρεις επί μέρους περιπτώσεις διακρίσεων.⁶ Πρώτον, τις διακρίσεις που οφείλονται σε δύο ή περισσότερους απαγορευμένους λόγους οι οποίοι διατηρούν την αυτοτέλειά τους και δρουν σε διαφορετικές χρονικές στιγμές. Πρόκειται για τις λεγόμενες προστιθέμενες διακρίσεις (additive discriminations). Για παράδειγμα, μια ανάπηρη γυναίκα δεν προσλαμβάνεται από την εταιρεία Α, απλώς και μόνον επειδή είναι γυναίκα, δεν προσλαμβάνεται όμως ούτε από την εταιρεία Β, απλώς και μόνον επειδή είναι άτομο με αναπηρία. Με άλλα λόγια, η εταιρεία Α δεν προσλαμβάνει γυναίκες, ενώ η εταιρεία Β δεν προσλαμβάνει άτομα με αναπηρία. Δεύτερον, τις διακρίσεις που οφείλονται σε δύο ή περισσότερους από τους απαγορευμένους λόγους οι οποίοι διατηρούν την αυτοτέλειά τους και δρουν ταυτόχρονα. Πρόκειται για τις λεγόμενες σωρευόμενες διακρίσεις (cumulative discriminations). Για παράδειγμα, μια ανάπηρη γυναίκα δεν προσλαμβάνεται από την εταιρεία Γ τόσο επειδή είναι γυναίκα όσο και επειδή είναι άτομο με αναπηρία. Με άλλα λόγια, η εταιρεία Γ δεν προσλαμβάνει ούτε γυναίκες (ακόμη και αρτιμελείς) ούτε άτομα με αναπηρία (ακόμη και άνδρες) και, άρα, η ενδιαφερόμενη δεν θα προσλαμβανόταν, έστω και αν απουσίαζε το ένα από τα δύο επίμαχα ταυτοτικά χαρακτηριστικά. Τρίτον, τις διακρίσεις που οφείλονται σε δύο ή περισσότερους από τους απαγορευμένους λόγους, οι οποίοι διασταυρώνονται (διαπλέκονται) και χάνουν την αυτοτέλειά τους, δημιουργώντας έτσι έναν νέο, σύνθετο λόγο διάκρισης. Πρόκειται για τις λεγόμενες διασταυρούμενες (ή διαπλεκόμενες) διακρίσεις (intersectional discriminations). Για παράδειγμα, μια ανάπηρη γυναίκα δεν προσλαμβάνεται από την εταιρεία Δ επειδή είναι γυναίκα και συγχρόνως άτομο με αναπηρία. Με άλλα λόγια, η συγκεκριμένη εταιρεία προσλαμβάνει γυναίκες, αρκεί να μην είναι ανάπηρες, ενώ προσλαμβάνει και άτομα με αναπηρία, αρκεί να μην είναι γυναίκες, και, άρα, η ενδιαφερόμενη θα προσλαμβανό-

5 *Ibid.* Βλ. επίσης S. Hannett, «Equality at the intersections: The legislative and judicial failure to tackle multiple discrimination», *OJLS* 2003, σ. 69-70.

6 Βλ. J. Bullock and A. Masselot, «Multiple discrimination and intersectional disadvantages: challenges and opportunities in the European Union legal framework», *ColumJEurL* 2012-2013, σ. 63-64· και C. O'Cinneide, «Multiple discrimination and the distinctions between discrimination grounds in EU law», σε *Expanding equality protection in goods and services: Irish and EU perspectives*, Dublin, The Equality Authority, 2016, σ. 35-36.

ταν, εάν απουσίαζε το ένα (οποιοδήποτε) από τα δύο επίμαχα ταυτοτικά χαρακτηριστικά. Όπως θα καταδειχθεί στη συνέχεια, από τα τρία ανωτέρω είδη πολλαπλών διακρίσεων, το τελευταίο, οι διασταυρούμενες διακρίσεις, είναι αναμφίβολα το πολυπλοκότερο⁷ και, με βάση το ισχύον ενωσιακό νομικό πλαίσιο για την καταπολέμηση των διακρίσεων, μάκρυνε το δυσκολότερο να αντιμετωπισθεί με επιτυχία στην πράξη.

3. Οι πολλαπλές διακρίσεις στην ενωσιακή νομοθεσία

Για τέσσερις σχεδόν δεκαετίες, το δίκαιο της Ένωσης ενδιαφερόταν αποκλειστικά για την καταπολέμηση των διακρίσεων που βασίζονται στην ιθαγένεια και, ως έναν βαθμό τουλάχιστον, στο φύλο, καθώς μόνον αυτές φάνταζαν ικανές να απειλήσουν την επίτευξη των διακηρυγμένων στόχων των ιδρυτικών συνθηκών για διασφάλιση ανόθευτου ανταγωνισμού, υψηλού επιπέδου απασχόλησης και οικονομικής και κοινωνικής συνοχής στο σύνολο της κοινής (και ήδη εσωτερικής) αγοράς.⁸ Στην πορεία, όμως, συνειδητοποιήθηκε ότι οι εν λόγω στόχοι απειλούνταν και από άλλες διακρίσεις, ενώ, σταδιακά, το εγχείρημα της ευρωπαϊκής ολοκλήρωσης επεκτάθηκε και σε τομείς πέραν της οικονομίας. Έτσι, η Συνθήκη του Άμστερνταμ (1997/1999) εισήγαγε στο πρωτογενές δίκαιο της Ένωσης μια νέα νομική βάση για την καταπολέμηση των διακρίσεων.⁹ Επρόκειτο για το άρθρο 13 παρ. 1 ΣΕΚ (το σημερινό άρθρο 19 παρ. 1 ΣΛΕΕ), σύμφωνα με το οποίο «(...) το Συμβούλιο, αποφασίζοντας ομόφωνα, μετά από πρόταση της Επιτροπής και διαβούλευση με το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, μπορεί να αναλάβει κατάλληλη δράση για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φύλου, φυλετικής ή εθνικής καταγωγής, θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας ή γενετήσιου προσανατολισμού».¹⁰ Το Συμβούλιο άσκησε αμέσως τη νεοαποκτηθείσα αρμο-

7 Και τούτο για δύο κυρίως λόγους. Πρώτον, διότι δεν επιτρέπουν να φανεί η συμβολή του καθενός από τους διασταυρούμενους λόγους διάκρισης στο μέγεθος του δυσμενούς διακριτικού αποτελέσματος που συνδυασμένα παράγουν και, δεύτερον, διότι συνήθως δεν προκαλούνται από πρόθεση, αλλά οφείλονται στη λειτουργία του όλου συστήματος. Βλ. Χ. Δεληγιάννη-Δημητράκου, *ό.π.* (υποσ. 4), σ. 964, και τις εκεί παραπομπές.

8 Βλ. και Γ. Κραβαρίτου, «Η ίση μεταχείριση στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και η απαγόρευση των διακρίσεων», *ΕΕργΔ* 2006, σ. 322.

9 Για τον Β. Κούρτη, «Νομοθετικές εξελίξεις στο κοινοτικό δίκαιο κατά των αρνητικών διακρίσεων», σε Π. Νάσκου-Περράκη (επιμ.), *Η εξέλιξη του κοινοτικού δικαίου και της Ευρωπαϊκής Ένωσης μέσα στο παγκοσμιοποιημένο περιβάλλον*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2005, σ. 251, η εισαγωγή της νέας νομικής βάσης υπήρξε ένα «(...) κομβικό σημείο στην εξέλιξη του κοινοτικού δικαίου κατά των αρνητικών διακρίσεων».

10 Στη σημερινή της μορφή, η διάταξη κάνει λόγο για ανάληψη των κατάλληλων δράσεων με ομόφωνη απόφαση του Συμβουλίου σύμφωνα με τη συνήθη νομοθετική διαδικασία και μετά την έγκριση του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου. Για την αρχική μορφή της διάταξης βλ., τελείως ενδεικτικά, Γ. Κρεμλής, «Άρθρο

διότητα, εκδίδοντας τις Οδηγίες 2000/43, με αντικείμενο τις διακρίσεις λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής,¹¹ και 2000/78, με αντικείμενο τις διακρίσεις λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων, ειδικών αναγκών, ηλικίας και σεξουαλικού προσανατολισμού.¹² Μολονότι οι δύο Οδηγίες έχουν πάρα πολλά κοινά σημεία,¹³ το πεδίο εφαρμογής της πρώτης είναι σημαντικά ευρύτερο (εκτείνεται, μεταξύ άλλων, στις εργασιακές σχέσεις, την επαγγελματική κατάρτιση, την κοινωνική ασφάλιση, την υγειονομική περίθαλψη, την εκπαίδευση και την πρόσβαση σε κάθε είδους αγαθά και υπηρεσίες, συμπεριλαμβανομένης της στέγασης) από εκείνο της δεύτερης (περιορίζεται στις εργασιακές σχέσεις και την επαγγελματική κατάρτιση).¹⁴ Εξάλλου, η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φύλου, βάσει πλέον των Οδηγιών 2004/113 και 2006/54, είναι σχεδόν εξίσου ευρεία με την απαγόρευση των διακρίσεων λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής.¹⁵

Όλες οι ανωτέρω Οδηγίες απαγορεύουν τις άμεσες διακρίσεις, τις έμμεσες (ή συγκαλυμμένες) διακρίσεις, καθώς και την παρενόχληση· απαγορεύουν επίσης την εντολή για την εισαγωγή διακρίσεων. Η περίπτωση των άμεσων διακρίσεων είναι μάλλον απλή. Άμεση διάκριση συντρέχει όταν, εξαιτίας ενός από τους απαγορευμένους λόγους, ένα άτομο υφίσταται μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από εκείνη που υφίσταται, υφίστατο ή θα υφίστατο σε ανάλογη κατάσταση ένα άλλο άτομο. Με βάση τον ανωτέρω ορισμό, για να αποδειχθεί η ύπαρξη άμεσης διάκρισης, απαιτείται οπωσδήποτε σύγκριση με ένα άλλο

13 ΣΕΚ», σε Δ. Γκουλούσης κ.ά. (επιμ.), *Ερμηνεία κατ' άρθρο της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση και της Συνθήκης για την ίδρυση της Ευρωπαϊκής Κοινότητας*, τόμος II, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2004, σ. 76-80· και Ν. Παπαστεριάδου, «Άρθρο 13 ΣΕΚ», σε Β. Σκουρής (επιμ.), *Ερμηνεία Συνθηκών για την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ευρωπαϊκή Κοινότητα*, Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλας, 2003, σ. 308-315, ενώ για τη σημερινή Α. Σκουλίκης, «Άρθρο 19 ΣΛΕΕ», σε Β. Χριστιανός (επιμ.), *Συνθήκη ΕΕ και ΣΛΕΕ: κατ' άρθρο ερμηνεία*, Αθήνα, εκδ. Νομική Βιβλιοθήκη, 2012, σ. 224-227.

11 Οδηγία 2000/43/ΕΚ του Συμβουλίου, της 29.6.2000, «περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής», ΕΕ αριθ. L 180 της 19.7.2000, σ. 22.

12 Οδηγία 2000/78/ΕΚ του Συμβουλίου, της 27.11.2000, «για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία», ΕΕ αριθ. L 303 της 2.12.2000, σ. 16.

13 Δίδυμες τις αποκαλεί η Γ. Κραβαρίτου, *ό.π.* (υποσ. 8), σ. 323, επειδή «(...) έχουν πολύ μεγάλες ομοιότητες και μικρές κατά βάση διαφορές».

14 Όπως διαπιστώνει η C. Barnard, *EU employment law*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2012, σ. 267, η μία οδηγία καλύπτει έναν μικρό αριθμό λόγων διάκρισης σε ένα ευρύ φάσμα δραστηριοτήτων, ενώ η άλλη έναν μεγαλύτερο αριθμό λόγων διάκρισης σε ένα περιορισμένο φάσμα.

15 Οδηγία 2004/113/ΕΚ του Συμβουλίου, της 13.12.2004, «για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών στην πρόσβαση σε αγαθά και υπηρεσίες και την παροχή αυτών», ΕΕ αριθ. L373 της 21.12.2004, σ. 37· και Οδηγία 2006/54/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 5.7.2006, «για την εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης (αναδιατύπωση)», ΕΕ αριθ. L204 της 26.7.2006, σ. 23. Για την ακρίβεια, οι διακρίσεις λόγω φύλου απαγορεύονται στους ίδιους τομείς με τις διακρίσεις λόγω φυλετικής ή εθνικής καταγωγής, με εξαίρεση την εκπαίδευση, τα μέσα ενημέρωσης και τη διαφήμιση.

άτομο, προφανώς χωρίς το συγκεκριμένο χαρακτηριστικό, που να βρίσκεται σε ανάλογη κατάσταση,¹⁶ ένα άτομο το οποίο πάντως μπορεί να είναι είτε υπαρκτό, οπότε από τη σύγκριση θα πρέπει να προκύπτει ότι υφίσταται στη δεδομένη χρονική στιγμή ή υφίστατο κατά το παρελθόν ευνοϊκότερη μεταχείριση, είτε υποθετικό, οπότε από τη σύγκριση θα πρέπει να προκύπτει ότι, εάν υπήρχε, θα υφίστατο ευνοϊκότερη μεταχείριση.¹⁷ Έμμεση διάκριση συντρέχει όταν μία εκ πρώτης όψεως ουδέτερη διάταξη, κριτήριο ή πρακτική είναι πιθανό να προκαλέσει μειονεκτική μεταχείριση ενός ατόμου με ορισμένο χαρακτηριστικό σε σχέση με άλλα άτομα χωρίς αυτό το χαρακτηριστικό, εκτός εάν η εν λόγω διάταξη, κριτήριο ή πρακτική δικαιολογείται αντικειμενικά από έναν θεμιτό στόχο και τα μέσα για την επίτευξη του θεμιτού στόχου κρίνονται πρόσφορα και αναγκαία.¹⁸ Προϋποτίθεται, συνεπώς, και εδώ η σύγκριση με ένα άλλο άτομο. Τέλος, παρενόχληση συντρέχει όταν εκδηλώνεται ανεπιθύμητη συμπεριφορά που συνδέεται με ένα ορισμένο χαρακτηριστικό ενός προσώπου και που έχει είτε ως σκοπό είτε ως αποτέλεσμα την προσβολή της αξιοπρέπειας του προσώπου αυτού και τη δημιουργία εκφοβιστικού, εχθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος.

Μια γρήγορη ανάγνωση όλων των ανωτέρω Οδηγιών αρκεί για να διαπιστωθεί ότι καμιά τους δεν περιέχει διάταξη ειδικά αφιερωμένη στις πολλαπλές διακρίσεις. Βέβαια, μνεία των πολλαπλών διακρίσεων γίνεται στο προοίμιο δύο εξ αυτών, συγκεκριμένα δε στη 14^η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2000/43 και στην 3^η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2000/78, αν και αποκλειστικά σε σχέση με τις πολλαπλές διακρίσεις με θύματα

16 Βλ. σχετικά Γ. Αργυρός, «Ιση μεταχείριση στην απασχόληση και στο επάγγελμα: ανάλυση της Οδηγίας 2000/78/ΕΚ», *ΕΕργΔ* 2005, σ. 691-692· D. Shiek, «A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?», *ELJ* 2002, σ. 395-296· L. Waddington και M. Bell, «More equal than others: distinguishing European Union equality directives», *CMLR* 2001, σ. 591-592.

17 Η αποδοχή της δυνατότητας σύγκρισης με υποθετικό άτομο για την απόδειξη ύπαρξης άμεσης διάκρισης συνιστά καινοτομία της Οδηγίας, καθώς το Δικαστήριο είχε παλαιότερα απορρίψει παρόμοιο ενδεχόμενο. Βλ., μεταξύ άλλων, τις ΔΕΚ 129/79, απόφαση της 27^{ης} Μαρτίου 1980, *Macarthy Ltd.*, σκ. 15 και ΔΕΚ C-200/91, απόφαση της 28^{ης} Σεπτεμβρίου 1994, *Coloroll Pension Trustees Ltd.*, σκ. 103, αμφότερες σχετικές με διακρίσεις λόγω φύλου.

18 Στην ουσία, οι Οδηγίες αναπαράγουν τον ορισμό των έμμεσων διακρίσεων που αρχικά διατύπωσε το Δικαστήριο σε υποθέσεις με αντικείμενο διακρίσεις λόγω φύλου και ιθαγένειας (βλ., μεταξύ άλλων, ΔΕΚ 96/80, απόφαση της 31^{ης} Μαρτίου 1981, *Jenkins*, και ΔΕΚ 170/84, απόφαση της 13^{ης} Μαΐου 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, για τις διακρίσεις λόγω φύλου, και ΔΕΚ C-237/94, απόφαση της 23^{ης} Μαΐου 1996, *O'Flynn*, για τις διακρίσεις λόγω ιθαγένειας) και ακολούθως υιοθέτησε ο νομοθέτης της Ένωσης σε μέτρα για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φύλου (βλ. άρθρο 2 παρ. 2 της ήδη καταργηθείσας οδηγίας 97/88/ΕΚ του Συμβουλίου, της 15.12.1997, «σχετικά με το βάρος απόδειξης σε περιπτώσεις διακριτικής μεταχείρισης λόγω φύλου», ΕΕ αριθ. L 14 της 20.1.1998, σ. 6). Με μία διαφορά: έχει παραλειφθεί οποιασδήποτε αναφορά σε ανάγκη ύπαρξης υψηλού ποσοστού θιγόμενων από τη διάταξη, το κριτήριο ή την πρακτική εργαζομένων, με αποτέλεσμα ύπαρξη έμμεσης διάκρισης να είναι πλέον νοπή και εναντίον ενός και μόνον εργαζομένου. Κ. Γιαννακόπουλος, *Στατιστικά δεδομένα και απόδειξη δυσμενών λόγω φύλου διακρίσεων στο κοινοτικό δίκαιο*, Αθήνα, εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1999.

γυναίκες,¹⁹ ενώ και η Επιτροπή αναγνωρίζει ρητά πως η απουσία οποιασδήποτε ποιοτικής ιεράρχησης των τεσσάρων λόγων διάκρισης στην Οδηγία 2000/78 έχει πρόδηλη σημασία στην περίπτωση των πολλαπλών διακρίσεων.²⁰ Εντούτοις, παρόμοιες αναφορές στερούνται νομικής δεσμευτικότητας και δεν είναι σε θέση να θεραπεύσουν τις ελλείψεις του διατακτικού.

Τα σχετικά με τις πολλαπλές διακρίσεις, τις κάθε είδους πολλαπλές διακρίσεις (προστιθέμενες, σωρευόμενες, διασταυρούμενες), προβλήματα οφείλονται κατ' αρχάς στο διαφορετικό πεδίο εφαρμογής των διάφορων Οδηγιών.²¹ Ειδικότερα, υπάρχουν τρεις λόγοι διάκρισης (: το φύλο, η φυλή και η εθνική καταγωγή), οι οποίοι καλύπτονται από το δίκαιο της Ένωσης σε κάθε σχεδόν τομέα, και άλλοι τέσσερις (: η θρησκεία και οι πεποιθήσεις, η ηλικία, η αναπηρία, και ο σεξουαλικός προσανατολισμός), οι οποίοι καλύπτονται μόνον εφόσον συνδέονται με τις εργασιακές σχέσεις και την επαγγελματική κατάρτιση. Έτσι, ένας ηλικιωμένος, μέλος μιας εθνικής μειονότητας, που υφίσταται, λόγω αμφοτέρων των ανωτέρω χαρακτηριστικών, πολλαπλή διάκριση ανεξαρτήτως είδους κατά την πρόσβαση στην υγειονομική περίθαλψη, μπορεί να επικαλεσθεί την Οδηγία 2000/43, για να αντιμετωπίσει τη διάκριση λόγω εθνοτικής καταγωγής, όχι όμως και την Οδηγία 2000/78, για να αντιμετωπίσει τη διάκριση λόγω ηλικίας.

Από εκεί και πέρα, θα πρέπει να γίνει διαχωρισμός ανάμεσα στις προστιθέμενες και τις σωρευόμενες διακρίσεις, από τη μία πλευρά, και τις διασταυρούμενες διακρίσεις, από την άλλη. Τα εργαλεία που παρέχουν οι Οδηγίες επαρκούν, στην πλειονότητα των περιπτώσεων, για την αντιμετώπιση των προστιθέμενων και των σωρευόμενων διακρίσεων. Πράγματι, αυτές θα είναι εύκολο να υπαχθούν είτε στην κατηγορία των άμεσων

19 Με σχεδόν πανομοιότυπη μάλιστα διατύπωση. Ειδικότερα, η 14^η αιτιολογική σκέψη της Οδηγίας 2000/43 αναφέρει ότι «[κ]ατά την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξάρτητα από φυλετική ή εθνοτική καταγωγή, η Κοινότητα θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 3 παράγραφος 2 της συνθήκης ΕΚ, να επιδιώξει να εξαλείψει τις ανισότητες και να προωθήσει την ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διότι οι γυναίκες είναι συχνά τα θύματα πολλαπλών διακρίσεων», η δε 3^η αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2000/78 ότι «[κ]ατά την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης, η Κοινότητα θα πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 3 παράγραφος 2 της συνθήκης ΕΚ, να επιδιώξει να εξαλείψει τις ανισότητες και να προωθήσει την ισότητα μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως διότι οι γυναίκες είναι συχνά τα θύματα πολλαπλών διακρίσεων».

20 Βλ. σημείο 3.2 της αιτιολογικής έκθεσης της πρότασης Οδηγίας του Συμβουλίου περί διαμόρφωσης γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και το επάγγελμα, COM (1999) 565 τελικό. Η αναφορά της θρησκείας στην πρώτη θέση έχει, πάντως, έντονο συμβολικό χαρακτήρα. Βλ. Δ. Λέντζης, «Καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας στην εργασία: η κοινοτική διάσταση», σε Α. Μανιτάκης και Β. Κούρτης (επιμ.) *Αφιέρωμα μνήμης στη Γιώτα Κραβαρίτου*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2011, σ. 129-130.

21 Βλ. J. Brottes, *Du principe de non-discrimination au principe d'egalité en droit communautaire*, Lille, ANRT, 2007, σ. 446· και S. Fredman, *ό.π.* (υποσ. 2), σ. 17. Το γεγονός αυτό παραδέχεται και η Επιτροπή. Βλ. Ευρωπαϊκή Επιτροπή, *Έκθεση (...) σχετικά με την εφαρμογή της οδηγίας 2000/43ΕΚ /(...) και της οδηγίας 2000/78/ΕΚ (...)*, COM (2014) 2 τελικό, σ. 11.

διακρίσεων είτε σε εκείνη των έμμεσων.²² Δυστυχώς, δεν μπορεί να ληφθεί το ίδιο για τις διασταυρούμενες διακρίσεις. Τούτο οφείλεται στο γεγονός ότι οι Οδηγίες, αφενός, απαριθμούν τους απαγορευμένους λόγους διάκρισης εξαντλητικά και, αφετέρου, είναι δομημένες γύρω από τη μονοδιάστατη αντίληψη περί ταυτοτήτων και, κατ' επέκταση, διακρίσεων, με αποτέλεσμα η διαπίστωση άμεσης διάκρισης να απαιτεί κάθε φορά τη σύγκριση του θύματος με ένα άλλο πρόσωπο χωρίς ένα, και μόνον ένα, ταυτοτικό χαρακτηριστικό / απαγορευμένο λόγο διάκρισης.²³ Όμως, με όποιο άτομο και να συγκριθεί, άτομο που δεν χαρακτηρίζεται από έναν από τους εξαντλητικά απαριθμούμενους απαγορευμένους λόγους διάκρισης, το θύμα διασταυρούμενων διακρίσεων δεν θα βρεθεί να έχει υποστεί άμεση διάκριση. Η ανάπηρη γυναίκα του αρχικού παραδείγματος δεν θα είχε νόημα να ισχυρισθεί ότι υπέστη άμεση διάκριση λόγω φύλου (αφού η εταιρεία Δ προσλαμβάνει γυναίκες) ούτε ότι έχει υποστεί άμεση διάκριση λόγω αναπηρίας (αφού η εταιρεία Δ προσλαμβάνει άτομα με αναπηρία), εφόσον οι δύο αυτοί λόγοι (φύλο, αναπηρία) δεν επιτρέπεται να ληφθούν υπόψη συνδυαστικά. Όπως θα αποκαλύψει η μελέτη της συναφούς νομολογίας στην επόμενη ενότητα, και η απόδειξη έμμεσης διάκρισης θα είναι συχνά, για τον ίδιο λόγο, δυσχερής.²⁴

Την κατάσταση θα μπορούσε να μεταβάλει άρδην η υιοθέτηση μιας νέας Οδηγίας με αντικείμενο την απαγόρευση των διακρίσεων λόγω θρησκείας και πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας, και σεξουαλικού προσανατολισμού και σε τομείς πέραν των εργασιακών σχέσεων και της επαγγελματικής κατάρτισης, όπου, επί πλέον, οι πολλαπλές διακρίσεις θα αναγνωρίζονται ως ειδική κατηγορία διακρίσεων.²⁵ Η Επιτροπή έχει υποβάλλει πρόταση με αντίστοιχο περιεχόμενο από τον Ιούλιο του 2008.²⁶ Στην αρχική της μορφή, η πρόταση περιείχε μνεία των πολλαπλών διακρίσεων μόνο στο προοίμιο και αποκλειστικά σε σχέση με τις γυναίκες,²⁷ στο πρότυπο των Οδηγιών 2000/43 και 2000/78. Το

22 Βλ. K. Monaghan, «Multiple and intersectional discrimination in EU law», *EADLR* 13/2011, σ. 25.

23 Βλ. X. Δελνιγιάννη-Δημητράκου, *ό.π.* (υποσ. 4), σ. 977-978· S. Hannett, *ό.π.* (υποσ. 5), σ. 82-84.

24 Βλ. και M. Mercat-Bruns, «Les discriminations multiples et l'identité au travail au croisement des questions d'égalité et de libertés», *RDT* 2015, σ. 23-25.

25 Κατά το πρότυπο της Σύμβασης του ΟΗΕ για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία, η οποία περιέχει ειδικές διατάξεις για τις πολλαπλές διακρίσεις, αν και μόνο σε σχέση με τις γυναίκες (άρθρο 6) και τα παιδιά (άρθρο 7). Για τις ανωτέρω διατάξεις βλ. A. Hendriks, «The UN Disability Convention and (multiple) discrimination: Should EU non-discrimination law be modeled accordingly?», *EYDL* 2010, σ. 7-28.

26 COM (2008) 426 τελικό.

27 Ειδικότερα, η 13^η αιτιολογική σκέψη της πρότασης Οδηγίας αναφέρει ότι «[κ]ατά την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανεξαρτήτως θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού, σκοπός της Ένωσης θα πρέπει να είναι, σύμφωνα με το άρθρο 3 παράγραφος 2 της Συνθήκης ΕΚ, η εξάλειψη των διακρίσεων και η προώθηση της ισότητας μεταξύ ανδρών και γυναικών, ιδίως αφού οι γυναίκες πέφτουν συχνά θύματα πολλαπλών διακρίσεων».

Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, ωστόσο, στη γνώμη που διατύπωσε σε μόνη ανάγνωση,²⁸ ενέκρινε τροπολογία, σύμφωνα με την οποία η καταπολέμηση των διακρίσεων οφείλει να περιλαμβάνει και την καταπολέμηση των πολλαπλών διακρίσεων,²⁹ με τον δε όρο «πολλαπλές διακρίσεις» αντιλαμβάνεται όσες διακρίσεις βασίζονται σε οποιονδήποτε συνδυασμό απαγορευμένων λόγων διάκρισης από όποια Οδηγία και αν απαγορεύονται.³⁰ Στην πρόταση αυτή δεν έχει δοθεί μέχρι σήμερα (αρχές του 2017) συνέχεια, ούτε όμως έχει εγκαταλειφθεί· οι συζητήσεις στους κόλπους του Συμβουλίου - όπου, υπενθυμίζεται, απαιτείται η επίτευξη ομοφωνίας - συνεχίζονται, αν και με εξαιρετικά αργούς ρυθμούς και αβέβαιη έκβαση.³¹

4. Οι πολλαπλές διακρίσεις στην ενωσιακή νομολογία

Το ζήτημα των πολλαπλών και δη των διασταυρούμενων διακρίσεων έχει τεθεί ενώπιον του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης εμμέσως μεν σε αρκετές υποθέσεις, με χαρακτηριστικότερη ίσως την υπόθεση *Odar* (συνδυασμός ηλικίας και αναπηρίας)³², ευθέως δε μόλις πρόσφατα, στην υπόθεση *Parris* (συνδυασμός ηλικίας και σεξουαλικού προσανατολισμού).

Η υπόθεση *Odar* αφορούσε τον κανόνα ενός γερμανικού επαγγελματικού συνταξιοδοτικού συστήματος, ο οποίος προέβλεπε ότι, για τους εργαζομένους ηλικίας άνω των πενήντα τεσσάρων ετών, που απολύονται για οικονομοτεχνικούς λόγους ή κατόπιν κοινής

28 ΕΕ αριθ. 137Ε της 27.5.2010, σ. 68.

29 Ειδικότερα, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο προτείνει η πρώτη παράγραφος του άρθρου 1 της Οδηγίας να αναδιατυπωθεί ώστε να προβλέπει ότι «[η] παρούσα οδηγία θεσπίζει πλαίσιο για την καταπολέμηση των διακρίσεων, συμπεριλαμβανομένων των πολλαπλών διακρίσεων, λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού, με στόχο την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης στα κράτη μέλη σε τομείς άλλους από τους τομείς της απασχόλησης και της εργασίας».

30 Ειδικότερα, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο προτείνει να προστεθεί στο άρθρο 1 της Οδηγίας δεύτερη παράγραφος που να προβλέπει ότι «[σ]υντρέχει πολλαπλή διάκριση όταν η διάκριση βασίζεται: α) σε οιονδήποτε συνδυασμό θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού ή σε ένα ή περισσότερους από τους λόγους που σημειώνονται στην παράγραφο 1, καθώς και σε ένα ή περισσότερους από τους εξής λόγους: i. φύλο (εφόσον η καταγγελία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/113/ΕΚ, καθώς και της παρούσας οδηγίας), ii. φυλετική ή εθνοτική καταγωγή (εφόσον η καταγγελία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2000/43/ΕΚ, καθώς και της παρούσας οδηγίας) ή iii. ιθαγένεια (εφόσον η καταγγελία εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 12 της συνθήκης ΕΚ)».

31 Όπως προκύπτει και από τα έγγραφα του Συμβουλίου ST 14284/2016 INIT της 22.11.2016 και ST 14500/2016 της 14.12.2016.

32 Άλλα παραδείγματα προσφέρουν η ΔΕΕ C-356/09, απόφαση της 18^{ης} Νοεμβρίου 2010, *Kleist* (συνδυασμός ηλικίας και φύλου) και η ΔΕΕ C-363/12, απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2014, *Z* (συνδυασμός φύλου και ενδεχόμενων ειδικών αναγκών).

συμφωνίας των μερών, ο υπολογισμός της αποζημίωσης απόλυσης δεν πραγματοποιείται με βάση τη διάρκεια του χρόνου υπηρεσίας στην επιχείρηση (γενικός τύπος), αλλά με βάση το χρονικό διάστημα μέχρι την κατά το νωρίτερο δυνατό συνταξιοδότηση (εναλλακτικός τύπος). Όσο εγγύτερα στη συνταξιοδότηση βρίσκεται ο ηλικίας άνω των πενήντα τεσσάρων ετών εργαζόμενος, τόσο μικρότερη αποζημίωση απόλυσης έχει να λαμβάνει· η αποζημίωση με βάση τον εναλλακτικό τύπο δεν επιτρέπεται πάντως να υπολείπεται του μισού της αποζημίωσης με βάση τον γενικό τύπο. Σκοπός της ρύθμισης αυτής είναι να βοηθήσει την επαγγελματική επανένταξη των νεότερων σε ηλικία εργαζομένων και να αποτρέψει την καταβολή υψηλών αποζημιώσεων σε όσα πρόσωπα δεν αναζητούν νέα εργασία, καθώς σύντομα θα λάβουν σύνταξη γήρατος. Ο Johann Odar, άτομο με αναπηρία, απολύθηκε, κατόπιν κοινής συμφωνίας με την εργοδότη εταιρεία του, σε ηλικία πενήντα εννέα ετών. Δεδομένου ότι δικαιούταν να λάβει κανονική σύνταξη γήρατος από την ηλικία των εξήντα πέντε ετών και σύνταξη βαριάς αναπηρίας από την ηλικία των εξήντα ετών, η αποζημίωση απόλυσής του υπολογίσθηκε με βάση το χρονικό διάστημα μέχρι την κατά το νωρίτερο δυνατό συνταξιοδότησή του στην ηλικία των εξήντα ετών (εναλλακτικός τύπος) και ήταν αισθητά μικρότερη από εκείνη που θα λάμβανε εάν ο υπολογισμός γινόταν με βάση τη διάρκεια του χρόνου υπηρεσίας του στην επιχείρηση (γενικός τύπος). Ο J. Odar προσέφυγε στα εθνικά δικαστήρια εναντίον της ανωτέρω απόφασης, υποστηρίζοντας πως ο εναλλακτικός τύπος υπολογισμού της αποζημίωσης συνιστά διάκριση λόγω ηλικίας και αναπηρίας. Τα εθνικά δικαστήρια ζήτησαν τη βοήθεια του Δικαστηρίου, ώστε να διευκρινισθεί αν συντρέχει περίπτωση διάκρισης λόγω ηλικίας ή λόγω αναπηρίας.

Το Δικαστήριο εξέτασε τους δύο λόγους χωριστά. Αρχικά, διαπίστωσε τη μη ύπαρξη απαγορευμένης διάκρισης λόγω ηλικίας.³³ Ειδικότερα, συντρέχει μεν διάκριση λόγω ηλικίας, η οποία ωστόσο δικαιολογείται με την επίκληση του άρθρου 6 παρ. 1 της Οδηγίας 2000/78. Η διάταξη αυτή επιτρέπει τη διαφορετική μεταχείριση λόγω ηλικίας, εφόσον αποσκοπεί σε έναν θεμιτό σκοπό, σχετικό ιδίως με την πολιτική στον τομέα της απασχόλησης, της αγοράς εργασίας και της επαγγελματικής κατάρτισης και εφόσον σέβεται την αρχή της αναλογικότητας. Η θέσπιση του εναλλακτικού τύπου για τον υπολογισμό της αποζημίωσης απόλυσης βρέθηκε να πληροί τα προαναφερθέντα κριτήρια. Αντίθετα, το Δικαστήριο διαπίστωσε την ύπαρξη απαγορευμένης έμμεσης διάκρισης λόγω αναπηρίας. Μιας και, κατά κανόνα, οι εργαζόμενοι με αναπηρία θεμελιώνουν δικαίωμα συνταξιοδότησης σε μικρότερη ηλικία σε σχέση με τους εργαζομένους χωρίς αναπηρία, το αποφασιστικό στοιχείο στον εναλλακτικό τύπο υπολογισμού της αποζημίωσης απόλυσης (: η κατά το νωρίτερο δυνατόν συνταξιοδότηση) θα είναι πάντοτε μικρότερο για τους πρώτους από

33 ΔΕΕ C-152/11, απόφαση της 6^{ης} Δεκεμβρίου 2012, *Odar*, σκ. 30-53.

ό,τι για τους δεύτερους, όταν βρίσκονται σε παρόμοια θέση.³⁴ Τέλος, η εφαρμογή του εναλλακτικού τύπου δεν δικαιολογείται εν προκειμένω από κάποιον θεμιτό σκοπό (καθώς οι σχετικοί με την πολιτική απασχόλησης σκοποί που δύνανται να δικαιολογήσουν ακόμη και άμεσες διακρίσεις λόγω ηλικίας είναι ξένοι προς την αναπηρία) και, σε κάθε περίπτωση, υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του όποιου σκοπού ήθελε κριθεί θεμιτός.³⁵ Η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Odar* είναι ενδεικτική του πώς οι διασταυρούμενες διακρίσεις μπορούν ενίοτε να αντιμετωπισθούν ικανοποιητικά μέσω της κατασκευής των έμμεσων διακρίσεων.³⁶

Στο επίκεντρο της υπόθεσης *Parris* βρισκόταν και πάλι ο κανόνας ενός επαγγελματικού συνταξιοδοτικού συστήματος, ιρλανδικού αυτή τη φορά, σύμφωνα με τον οποίο χορηγείται σύνταξη επιζώντος στον σύζυγο ή στον σύντροφο σε σχέση καταχωρισμένης συμβίωσης του ασφαλισμένου, εάν ο τελευταίος αποβιώσει πριν από τον σύζυγο ή τον καταχωρισμένο σύντροφό του. Εντούτοις, η σύνταξη επιζώντος είναι καταβλητέα μόνον εάν ο ασφαλισμένος συνήψε γάμο ή σύμφωνο συμβίωσης προτού συμπληρώσει το εξηκοστό έτος της ηλικίας του. Το 2009, σε ηλικία εξήντα τριών ετών, ο David Parris, λέκτορας στο Trinity College του Δουβλίνου, με διπλή ιθαγένεια, ιρλανδική και βρετανική, συνήψε με τον ίδιου φύλου σύντροφό του σύμφωνο συμβίωσης στο Ηνωμένο Βασίλειο, λίγο καιρό αφότου το εν λόγω κράτος-μέλος παρείχε στους πολίτες του τη δυνατότητα αυτή. Το σύμφωνό τους αναγνωρίσθηκε στην Ιρλανδία μόλις το 2011, μετά τη θέσπιση και από το ιρλανδικό δίκαιο του δικαιώματος σύναψης συμφώνου συμβίωσης. Όταν όμως υπέβαλε αίτηση, ζητώντας να κατοχυρωθεί το δικαίωμα του καταχωρισμένου συντρόφου του στη λήψη σύνταξης επιζώντος, ο D. Parris βρέθηκε αντιμέτωπος με την άρνηση των ιρλανδικών αρχών, με το αιτιολογικό ότι το σύμφωνο συμβίωσης είχε συναφθεί μετά την ηλικία των εξήντα ετών. Η υπόθεση κατέληξε στα εθνικά δικαστήρια, όπου ο προσφεύγων ισχυρίσθηκε ότι, εφόσον δεν είχε τη δυνατότητα να συνάψει σύμφωνο συμβίωσης πριν από την καθορισμένη ηλικία, η άρνηση των αρμόδιων εθνικών αρχών συνιστούσε διάκριση λόγω ηλικίας και σεξουαλικού προσανατολισμού. Τα εθνικά δικαστήρια απέστειλαν στο Δικαστήριο τρία σχετικά προδικαστικά ερωτήματα: αν, εν προκειμένω, έχουμε να κάνουμε, πρώτον, με διάκριση λόγω ηλικίας, δεύτερον, με διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού ή, τρίτον, με έναν συνδυασμό των δύο.

Το Δικαστήριο απάντησε πως δεν υπάρχει άμεση διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού, επειδή η επίμαχη διάταξη αφορά τόσο τους ομοφυλόφιλους όσο και τους ετεροφυλόφιλους εργαζομένους, αποκλείοντας αδιακρίτως τους συντρόφους τους από τη

34 ΔΕΕ C-152/11, *Odar*, ό.π. (υποσ. 33), σκ. 55-59.

35 ΔΕΕ C-152/11, *Odar*, ό.π. (υποσ. 33), σκ. 60-71.

36 Βλ. και το σχόλιο της M. Mercat-Bruns, «Le jeu des discriminations multiples», *RDT* 2013, σ. 254.

λήψη συντάξεως επιζώντος όταν ο γάμος ή το σύμφωνο συμβίωσης δεν έχει συναφθεί πριν από το εξηκοστό έτος ηλικίας του εργαζομένου.³⁷ Αλλά ούτε έμμεση διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού υπάρχει, επειδή το δίκαιο της Ένωσης δεν υποχρεώνει την Ιρλανδία – ή οποιοδήποτε άλλο κράτος-μέλος – να εισαγάγει στη νομοθεσία του τον γάμο ή το σύμφωνο συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών ή να προσδώσει αναδρομική ισχύ στον τελικά ψηφισθέντα νόμο ή να προβλέψει μεταβατικές διατάξεις για όσους εργαζομένους είχαν ήδη συμπληρώσει το εξηκοστό έτος της ηλικίας τους κατά τη θέση σε ισχύ του τελικά ψηφισθέντος νόμου.³⁸ Περαιτέρω, δεν υφίσταται διάκριση λόγω ηλικίας, καθώς εφαρμόζεται ο ειδικός κανόνας του άρθρου 6 παράγραφος 2 της Οδηγίας 2000/78 που επιτρέπει τον καθορισμό διαφορετικών ορίων ηλικίας για την ένταξη σε παροχές συνταξιοδότησης γήρατος.³⁹ Ειδικά η θέση του Δικαστηρίου περί μη ύπαρξης έμμεσης διάκρισης λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού είναι προβληματική,⁴⁰ ωστόσο ιδιαίτερο ενδιαφέρον για την παρούσα ανάλυση παρουσιάζει η απάντηση στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα με το οποίο τέθηκε ευθέως το ζήτημα της αναγνώρισης από το δίκαιο της Ένωσης των πολλαπλών, για την ακρίβεια των διασταυρούμενων, διακρίσεων. Ευθεία ήταν και η απάντηση του Δικαστηρίου: απέκλεισε κατηγορηματικά ένα τέτοιο ενδεχόμενο. Πιο συγκεκριμένα, το Δικαστήριο, δέχεται ότι μια διάκριση μπορεί όντως να βασίζεται σε περισσότερους από τους προβλεπόμενους στην Οδηγία 2000/78 λόγους, αλλά παράλληλα τονίζει ότι δεν υφίσταται καμία καινούργια κατηγορία διακρίσεων προκύπτουσα από τον συνδυασμό περισσότερων από τους λόγους αυτούς, όπως ο σεξουαλικός προσανατολισμός και η ηλικία, εφόσον δεν αποδεικνύεται η διάκριση βάσει των προαναφερθέντων λόγων χωριστά εξεταζομένων.⁴¹ Κατά συνέπεια, εφόσον εθνική ρύθμιση δεν εισάγει ούτε διάκριση λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού, ούτε διάκριση λόγω ηλικίας, δεν μπορεί να εισάγει διάκριση λόγω του συνδυασμού των δύο αυτών παραγόντων.⁴² Η απόφαση

37 ΔΕΕ C-443/15, απόφαση της 24^{ης} Νοεμβρίου 2016, *Parris*, σκ. 43-50.

38 ΔΕΕ C-443/15, *Parris*, ό.π. (υποσ. 37), σκ. 51-61.

39 ΔΕΕ C-443/15, *Parris*, ό.π. (υποσ. 37), σκ. 63-78.

40 Την ύπαρξη έμμεσης διάκρισης λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού υποστήριξε, με τις προτάσεις της στην εν λόγω υπόθεση (σημεία 54-109), η Γενική Εισαγγελέας J. Kokott, με το επιχείρημα ότι το ηλικιακό όριο των εξήντα ετών θίγει πολυάριθμους ομοφυλόφιλους εργαζομένους στην Ιρλανδία εντονότερα και με πιο δυσμενή τρόπο σε σχέση με τους ετεροφυλόφιλους συναδέλφους τους.

41 ΔΕΕ C-443/15, *Parris*, ό.π. (υποσ. 37), σκ. 80-81.

42 Την αναγνώριση διάκρισης ως αποτέλεσμα του συνδυασμού περισσότερων απαγορευμένων λόγων υποστήριξε, με τις προτάσεις της στην εν λόγω υπόθεση (σημεία 147-159), η Γενική Εισαγγελέας J. Kokott, με το επιχείρημα ότι εάν η μειονεκτική μεταχείριση η οποία οφείλεται σε έναν από τους απαγορευμένους λόγους επαρκεί προκειμένου να υπαχθούν ορισμένα πραγματικά περιστατικά στην κατηγορία της έμμεσης διάκρισης, κατά την έννοια της Οδηγίας 2000/78, δεν νοείται διαφορετική αντιμετώπιση όταν η μειονεκτική μεταχείριση των οικείων προσώπων δεν προκαλείται μόνον από έναν, αλλά από το συνδυασμό δύο ή

του Δικαστηρίου στην υπόθεση *Parris* είναι ενδεικτική του πώς οι διασταυρούμενες διακρίσεις ενίοτε δεν μπορούν να αντιμετωπισθούν ικανοποιητικά μέσω της κατασκευής των έμμεσων διακρίσεων.⁴³

5. Καταληκτικές παρατηρήσεις

Το δίκαιο μη διάκρισης της Ευρωπαϊκής Ένωσης έχει δύο χαρακτηριστικά, καταλυτικά για την αντιμετώπιση των πολλαπλών διακρίσεων. Πρώτον, απαγορεύει κάποιες διακρίσεις (φύλο, φυλή, εθνική καταγωγή) σε ένα ευρύ και κάποιες άλλες (θρησκεία και πεποιθήσεις, ηλικία, αναπηρία, σεξουαλικός προσανατολισμός) σε ένα περιορισμένο φάσμα τομέων. Το χαρακτηριστικό αυτό καθιστά δυσχερή την αντιμετώπιση των πρόσθετων και των σωρευόμενων διακρίσεων. Η προφανής λύση θα ήταν η επέκταση του πεδίου εφαρμογής της Οδηγίας 2000/78, ώστε να καλύπτει και τους τομείς τους οποίους καλύπτουν ήδη οι υπόλοιπες Οδηγίες, όπως έχει προτείνει από το 2008 η Επιτροπή. Δεύτερον, έχει δομηθεί επάνω στη μονοδιάστατη αντίληψη περί ταυτοτήτων και, κατ' επέκταση, διακρίσεων, εστιάζει δηλαδή σε ορισμένους εξαντλητικά απαριθμούμενους λόγους διάκρισης, οι οποίοι οφείλουν να εξετάζονται μεμονωμένα. Το χαρακτηριστικό αυτό καθιστά δυσχερή την αντιμετώπιση των διασταυρούμενων διακρίσεων. Η λύση θα ήταν είτε οι διασταυρούμενες διακρίσεις να αναγνωρισθούν ρητά ως μια ειδική κατηγορία άμεσων διακρίσεων, όπως έχει προτείνει το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, είτε η απαρίθμηση των λόγων διάκρισης από εξαντλητική να μετατραπεί σε ενδεικτική, στο πρότυπο του άρθρου 21 ΧΘΔΕΕ,⁴⁴ παρέχοντας στον δικαστή, εθνικό και ενωσιακό, την ευχέρεια να εκτιμήσει *ad hoc* τις επιπτώσεις της συνδυασμένης συνδρομής τους και, εάν χρειασθεί, να διαπλάσει έναν νέο απαγορευμένο λόγο διάκρισης.

Είναι αλήθεια ότι ικανοποιητική προστασία έναντι των διασταυρούμενων διακρίσεων προσφέρει ενίοτε η κατασκευή των έμμεσων διακρίσεων. Αφήνοντας κατά μέρος το ότι πρόκειται για μερική μόνον αντιμετώπιση του φαινομένου, η λύση αυτή εμφανίζει δύο μειονεκτήματα. Πρώτον, η κατασκευή των έμμεσων διακρίσεων, ζητώντας από το θύμα μιας διασταυρούμενης διάκρισης να επιλέξει σε ποιο από τα ταυτοτικά χαρακτηριστικά /

περισσότερων τέτοιων απαγορευμένων λόγων.

43 Βλ. και το σχόλιο του P.-Y. Monjal, «David L. Parris c. Trinity College Dublin e.a.», *RDUE* 2017, σ. 177-182.

44 Για τη διάταξη αυτή βλ. Σ. Ξεφτέρη, σε Β. Τζέμος (επιμ.), *Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων Ευρωπαϊκής Ένωσης: κατ' άρθρο ερμηνεία*, Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2015, σ. 269-282. Ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεσμεύει α) τα όργανα της Ένωσης και β) τα κράτη-μέλη όταν εφαρμόζουν δίκαιο της Ένωσης (άρθρο 51 παρ. 1 ΧΘΔΕΕ).

απαγορευμένους λόγους διάκρισης θα εστιάσει, αποτυγχάνει να αποδώσει τη συνολική εμπειρία που το εν λόγω θύμα έχει βιώσει (στον J. Odat επιφυλάχθηκε δυσμενής μεταχείριση όχι επειδή ήταν άτομο με αναπηρία, μα επειδή ήταν άτομο με αναπηρία μιας ορισμένης ηλικίας). Δεύτερον και, από πρακτική σκοπιά, σπουδαιότερο, οι έμμεσες διακρίσεις δύνανται να δικαιολογηθούν με την επίκληση της ανάγκης εξυπηρέτησης ενός οποιουδήποτε συμφέροντος, υπό τον όρο ότι το συμφέρον αυτό κρίνεται θεμιτό και δεν παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας,⁴⁵ ενώ οι άμεσες διακρίσεις δύνανται να δικαιολογηθούν μόνο για λίγους συγκεκριμένους και εξαντλητικά απαριθμούμενους στις Οδηγίες λόγους.⁴⁶

Ακόμη πάντως και χωρίς τις προαναφερθείσες αλλαγές, οι οποίες, σημειωτέον, απαιτούν όλες τους τη μεσολάβηση του νομοθέτη της Ένωσης, υπάρχουν διαθέσιμα νομικά εργαλεία ικανά να συμβάλουν στην καταπολέμηση ιδίως των διασταυρούμενων διακρίσεων. Οι ίδιες οι Οδηγίες απαγορεύουν, όπως επισημάνθηκε ήδη, και την παρενόχληση και μάλιστα με ιδιαίτερη ευρύτητα, κάτι που, αν και έχει επικριθεί από μερίδα της θεωρίας ως παράγοντας νομικής ανασφάλειας, δεν αποκλείεται, ορισμένες φορές τουλάχιστον, να μπορεί να δώσει λύση.⁴⁷ Εξάλλου, οι Οδηγίες επιτρέπουν και τις θετικές δράσεις, τίποτε δε δεν εμποδίζει την ανάληψη θετικών δράσεων υπέρ όσων ομάδων πλήττονται από περισσότερους λόγους διάκρισης.⁴⁸ Γενικότερα, άλλωστε, η ρήτρα ενσωμάτωσης του άρθρου 10 ΣΛΕΕ επιτάσσει η ανάγκη καταπολέμησης των διακρίσεων να λαμβάνεται υπόψη κατά τη χάραξη και υλοποίηση κάθε πολιτικής και δράσης της Ένωσης. Υπενθυμίζεται ότι, παλαιότερα, ανάλογη ρήτρα ενσωμάτωσης προβλεπόταν αποκλειστικά για τις διακρίσεις λόγω φύλου. Η κατάσταση όσον αφορά τις πολλαπλές διακρίσεις είναι λοιπόν δεκτική βελτίωσης τόσο σε καθαρά νομικό όσο και, κυρίως, σε πολιτικό επίπεδο και η ευαισθητοποίηση σε αυτό το δεύτερο αποτελεί συνήθως πρόκριμα για την ανάληψη, σε μεταγενέστερο στάδιο, δράσης και στο πρώτο.

45 Βλ., για παράδειγμα, άρθρο 2 στοιχείο β) της Οδηγίας 2000/78.

46 Βλ., για παράδειγμα, άρθρο 4 παρ. 2 και άρθρο 6 της Οδηγίας 2000/78, για τη δικαιολόγηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας και τη δικαιολόγηση των διακρίσεων λόγω ηλικίας, αντίστοιχα.

47 Βλ. J. Bullock and A. Masselot, *ό.π.* (υποσ. 6), σ. 79.

48 *Ibid.* Βλ. επίσης X. Δελνηγιάννη-Δημητράκου, *ό.π.* (υποσ. 4), σ. 999-1000.

Η ιθαγένεια ως ύποπτος λόγος διάκρισης - Επεκτείνοντας την προστασία κατά των διακρίσεων στους πολίτες τρίτων χωρών (πρόσφυγες και μετανάστες)

Στέργιος Κοφίνης

“The problem is ...: can you treat people based on the nation they come from? And foreign policy and foreign affairs do that all the time”

Judge Richard R. Clifton, February 7, 2017¹

1. Εισαγωγή - οριοθέτηση του πεδίου

Η έκδοση, στις 27 Ιανουαρίου 2017, από τον νέο πρόεδρο των Η.Π.Α., Donald Trump, του εκτελεστικού διατάγματος με το οποίο απαγορεύτηκε προσωρινά ή για αόριστο χρόνο, κατά περίπτωση, η είσοδος των πολιτών επτά κρατών με κατά πλειοψηφία μουσουλμανικό πληθυσμό στην επικράτεια της χώρας (γνωστού ως Muslim Ban)² και οι σφοδρές πολιτικές και νομικές αντιπαραθέσεις που την ακολούθησαν, έφεραν στο επίκεντρο της

¹ *State of Washington et. al. v. Donald J. Trump et. al.*, Appellants’ Motion to stay TRO pending appeal, Oral Arguments, <https://www.youtube.com/watch?v=8gbcH1o9wok>, 59:02’, (τελ. επίσκεψη 31.3.2017).

² Executive Order No. 13769 με τίτλο “*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United*

διεθνούς επικαιρότητας τη διαμάχη γύρω από τη θεώρηση της ιθαγένειας ως ύποπτου λόγου διάκρισης. Σε αδρές γραμμές το πλαίσιο της αντιπαράθεσης μπορεί να περιγραφεί ως εξής: από τη μια μεριά η αντίληψη ότι τα κράτη διαθέτουν *καταρχήν απεριόριστη* κυριαρχική εξουσία να ρυθμίζουν κατά το δοκούν την είσοδο και διαμονή αλλοδαπών στο έδαφός τους (και, σε γενικές γραμμές, και τη μεταχείρισή τους όσο βρίσκονται σε αυτό), από την άλλη μεριά η άποψη ότι η κυριαρχική αυτή εξουσία δεν είναι απεριόριστη, αλλά υπάρχουν συγκεκριμένα όρια ως τα οποία εκτείνεται.

Είναι αναγκαία εδώ μια πρώτη οριοθέτηση του πεδίου που θα καλύψει αυτή η μελέτη: το ενδιαφέρον μας θα επικεντρωθεί στους λεγόμενους «πολίτες τρίτων χωρών» (*third-country nationals*), δηλαδή τους προερχόμενους από κράτη που δεν είναι μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης ούτε του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Νορβηγία, Ισλανδία, Λιχτενστάιν). Αντιθέτως, δεν θα ασχοληθούμε με τη μεταχείριση των πολιτών της Ευρωπαϊκής Ένωσης, στους οποίους από το πρωτογενές και δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο προσφέρεται πολύ υψηλός βαθμός προστασίας έναντι των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας στο έδαφος των λοιπών κρατών μελών. Επίσης, δεν θα ασχοληθούμε με την άποψη που έχει διατυπωθεί στη θεωρία³ ότι το άρθρο 18 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης (παλιό άρθρο 12 της Συνθήκης των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων) μπορεί να ερμηνευθεί κατά τρόπο που να απαγορεύει τις διακρίσεις λόγω ιθαγένειας όχι μόνο μεταξύ πολιτών της Ένωσης, αλλά και έναντι πολιτών τρίτων χωρών.

Τέλος, είναι γνωστό ότι βάση για την απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας σε περιορισμένους τομείς και για συγκεκριμένους αλλοδαπούς αποτελούν και οι διμερείς συμβάσεις μετανάστευσης που έχουν υπογράψει πολλά κράτη μεταξύ τους ή η Ευρωπαϊκή Ένωση με τρίτα κράτη⁴, όπου ρητώς διατυπώνεται ρήτρα μη διάκρισης λόγω ιθαγένειας

States". Μετά την έκδοση δικαστικών αποφάσεων που οδήγησαν στην αναστολή εκτέλεσης του διατάγματος αυτού σε εθνικό επίπεδο, η κυβέρνηση το αντικατέστησε, στις 6 Μαρτίου 2017, με το εκτελεστικό διάταγμα 13780 που φέρει τον ίδιο τίτλο και αναστέλλει για 90 ημέρες την είσοδο πολιτών 6 χωρών στις Η.Π.Α. Με το νέο αυτό διάταγμα επιχειρήθηκε να διορθωθούν κάποια από τα βασικά νομικά ελαττώματα που οδήγησαν στη δικαστική αμφισβήτηση του πρώτου διατάγματος (π.χ. επιτράπηκε η είσοδος σε ορισμένες κατηγορίες πολιτών των έξι χωρών, όπως οι μόνιμοι κάτοικοι Η.Π.Α. ή όσοι έχουν διπλή ιθαγένεια, και θεσπίστηκαν διαδικασίες κατά περίπτωση εξέτασης σχετικών αιτημάτων εισόδου).

3 Βλ. C. Hublet, "The Scope of Article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis Third-Country Nationals: Evolution at Last?", *ELJ*, Vol. 15, No. 6, November 2009, pp. 757–774 και E. Brouwer-K. de Vries, "Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFEU in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach" σε M. Van den Brink, S. Burri and J. Goldschmidt (eds.), *Equality and human rights: nothing but trouble?*, σ. 123–146.

4 Πχ. βλ. τη συμφωνία συνδέσεως μεταξύ της Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας και της Τουρκίας, που υπεγράφη στην Άγκυρα στις 12 Σεπτεμβρίου 1963 και επικυρώθηκε με την 64/732/ΕΟΚ απόφαση του Συμβουλίου της 23ης Δεκεμβρίου 1963 (ΟJ 1973 C 133, p. 1) σε συνδυασμό με το Πρόσθετο Πρωτόκολλό της που υπογράφηκε στις Βρυξέλλες στις 23 Νοεμβρίου 1970 και επικυρώθηκε με τον Κανονισμό

κυρίως όσον αφορά τη μεταχείριση στον τομέα της εργασίας. Πάντως, επειδή είναι περιορισμένο τόσο το υποκειμενικό όσο και το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής των εν λόγω συμβάσεων, δεν θα τις λάβουμε υπόψη στη συνέχεια της μελέτης.

2. Κατηγοριοποιήσεις με βάση την ιθαγένεια

Υπό τον ευρύ τίτλο των πολιτών τρίτων χωρών συνωθούνται στην πραγματικότητα, όπως είναι γνωστό, πολλές και διαφορετικές κατηγορίες προσώπων: νομίμως και μη νομίμως διαμένοντες αλλοδαποί· πρόσφυγες και δικαιούχοι διεθνούς προστασίας ή αιτούντες άσυλο· επί μακρόν διαμένοντες, κάτοχοι αδειών διαμονής αόριστης ή δεκαετούς διάρκειας και κάτοχοι αδειών μικρής διάρκειας ή και όλως προσωρινών αδειών· ανιθαγενείς· ομογενείς αλλοδαποί⁵ (ή, σε άλλες χώρες, πολίτες από πρώην αποικίες)· μετανάστες δεύτερης γενιάς κ.ο.κ.

Σχηματικά, λοιπόν, αν τοποθετούσαμε σε μια διαβαθμισμένη κλίμακα τις κατηγορίες προσώπων ανάλογα με τον βαθμό απόλαυσης δικαιωμάτων σε ένα συγκεκριμένο κράτος, στην κορυφή θα τοποθετούσαμε τους πολίτες του κράτους αυτού και στη βάση τους

2760/72 του Συμβουλίου της 19 Δεκεμβρίου 1972 και τις ευρωμεσογειακές συμφωνίες σύνδεσης που συνήφθησαν, μεταξύ 1998 και 2005, με επτά χώρες της Νότιας Μεσογείου (απόφαση 2006/356/ΕΚ, απόφαση 2005/690/ΕΚ, απόφαση 2004/635/ΕΚ, απόφαση 2002/357/ΕΚ, απόφαση 2000/384/ΕΚ, απόφαση 2000/204/ΕΚ, απόφαση 98/238/ΕΚ, σχετικά με τη σύναψη ευρωμεσογειακής συμφωνίας σύνδεσης μεταξύ των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και των κρατών μελών τους, αφενός, και, αντιστοίχως, της Δημοκρατίας του Λιβάνου, της Λαϊκής Δημοκρατίας της Αλγερίας, της Αραβικής Δημοκρατίας της Αιγύπτου, του Χασεμιτικού Βασιλείου της Ιορδανίας, του κράτους του Ισραήλ, του Βασιλείου του Μαρόκου και της Δημοκρατίας της Τυνησίας. Για τα όρια της αρχής της ίσης μεταχείρισης των εργαζομένων ανεξαρτήτως ιθαγένειας βάσει των σχετικών διμερών συμφωνιών, βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ C-416/96, απόφαση της 2^{ης} Μαρτίου 1999, *Nour Eddine El-Yassini*, ΕΔΠΑ 2005, 647 (συμφωνία ΕΟΚ-Μαρόκου) και ΔΕΚ C-113/97, απόφαση της 15^{ης} Ιανουαρίου 1998, *Henia Babahenini*, ΕΔΠΑ 2005, 667 (Συμφωνία ΕΟΚ-Αλγερίας).

5 Είναι δεδομένο ότι η ελληνική έννομη τάξη επιφυλάσσει προνομιακή μεταχείριση στους ομογενείς αλλοδαπούς, ιδίως τους προερχόμενους από την Αλβανία και τις πρώην Σοβιετικές Δημοκρατίες. Η προνομιακή αυτή μεταχείριση ξεκινά από την ιδιαίτερη ρύθμιση του δικαιώματος διαμονής (με την έκδοση Ειδικού Δελτίου Ταυτότητας Ομογενούς και αντίστοιχης Άδειας Διαμονής Ενιαίου Τύπου) και εκδηλώνεται με ειδικές διατάξεις που καλύπτουν ευρύ φάσμα ζητημάτων, όπως η πρόσβαση σε θέσεις του δημοσίου τομέα, η χορήγηση επιδομάτων ή φορολογικών απαλλαγών με ίδιους όρους προς τους Έλληνες κλπ. Η σύγκριση των ομογενών με τους λοιπούς αλλοδαπούς σίγουρα δημιουργεί προβληματισμό ως προς την παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης σε βάρος της δεύτερης κατηγορίας. Ανεξαρτήτως του αν η εθνική καταγωγή των ομογενών θα μπορούσε νομίμως να αποτελέσει δικαιολογητική βάση της διαφοροποιημένης μεταχείρισης (αφού το κριτήριο της εθνικής καταγωγής ορίζεται εν γένει ως ύποπτο), στην πραγματικότητα η επιδίωξη δικαστικής επέκτασης της ευνοϊκής αυτής μεταχείρισης, βάσει της αρχής της ισότητας, και στους αλλογενείς αλλοδαπούς προσκρούει αναμφίβολα στην, απολύτως κρατούσα σε θεωρία και νομολογία, αρχή ότι δεν νοείται επέκταση εξαιρετικής ρύθμισης σε γενική κατηγορία προσώπων. Εν προκειμένω, οι ομογενείς αποτελούν πολύ μικρή μερίδα των εν Ελλάδι αλλοδαπών (ακόμη και των αλλοδαπών που προέρχονται από τις ίδιες χώρες με αυτούς) και, συνεπώς, οι υπέρ τους ρυθμίσεις συνιστούν εξαιρετικό νομοθετικό καθεστώς που δεν δύναται καταρχήν να επεκταθεί.

(ενήλικες) μη νομίμως διαμένοντες αλλοδαπούς. Στον ενδιάμεσο χώρο κατατάσσονται οι λοιπές κατηγορίες που αναφέρθηκαν ανωτέρω. Στην πραγματικότητα, οι δύο κατηγορίες που τοποθετούνται στις δύο άκρες της κλίμακας, ορίζουν και τις δύο βασικές διαχωριστικές γραμμές πάνω στις οποίες συνήθως συγκροτούνται οι διαφοροποιήσεις στη μεταχείριση: πολίτες έναντι όλων των αλλοδαπών (με βασική διαχωριστική γραμμή την ιθαγένεια) και νομίμως διαμένοντες αλλοδαποί (και πολίτες) έναντι μη νομίμως διαμενόντων αλλοδαπών (με βασικό κριτήριο διαφοροποίησης το καθεστώς διαμονής).⁶

Ταυτόχρονα, ωστόσο, διακρίσεις μπορούμε να έχουμε και μεταξύ των νομίμως διαμενόντων αλλοδαπών: άλλες ρυθμίσεις για τους επί μακρόν διαμένοντες και άλλες για όσους έχουν άδειες ορισμένες διάρκειας ή προσωρινές. Άλλες ρυθμίσεις μπορεί να αφορούν ειδικώς τους πρόσφυγες ή τους αιτούντες άσυλο, άλλες τους ομογενείς αλλοδαπούς, ενώ δεν αποκλείεται, όπως είδαμε με το διάταγμα Trump, κανονιστικές ρυθμίσεις ή άτυπες πρακτικές να διαφοροποιούν τη μεταχείριση μεταξύ αλλοδαπών που προέρχονται από διαφορετικές χώρες ή από ευρύτερες γεωγραφικές περιοχές ή ακόμη και από διαφορετικές θρησκείες.

Είναι προφανές ότι το πολυσύνθετο αυτό τοπίο είναι αδύνατο να το χαρτογραφήσει κανείς μέσα στον περιορισμένο χώρο μιας μελέτης. Θα επιχειρήσουμε, λοιπόν, να δώσουμε απάντηση σε δύο βασικά ερωτήματα: 1. είναι όλες οι διαφοροποιήσεις στη μεταχείριση βάσει ιθαγένειας επιτρεπές ή όχι; 2. Ποιες στρατηγικές μπορεί να χρησιμοποιήσει ένας πολίτης τρίτης χώρας για να προσβάλει μία σε βάρος του διαφοροποίηση στη μεταχείριση λόγω της ιθαγένειάς του;

3. Επιβεβλημένες και απαγορευμένες διακρίσεις βάσει ιθαγένειας

Στην πραγματικότητα, πρέπει να δεχθούμε ότι υπάρχουν διακρίσεις λόγω ιθαγένειας που είναι πλήρως απαγορευμένες και κάποιες άλλες που δεν είναι απλώς επιτρεπές, αλλά και επιβεβλημένες.

Το σύνολο των διεθνών κειμένων ανθρωπίνων δικαιωμάτων, ανεξάρτητα από τη πηγή και τον βαθμό δεσμευτικότητάς τους, αλλά και τα περισσότερα εθνικά Συντάγματα, όπως το ελληνικό, αναγνωρίζουν τους αλλοδαπούς, ανεξαρτήτως μάλιστα του αν διαμένουν νόμιμα ή μη σε μια χώρα, ως φορείς του συνόλου σχεδόν των θεμελιωδών δικαιωμάτων,⁷

6 Π.χ. στο άρθρο 2 του 4^{ου} Προσθέτου Πρωτοκόλλου στην ΕΣΔΑ (το οποίο δεν έχει κυρώσει η Ελλάδα) προβλέπεται το δικαίωμα «όποιου διαμένει νόμιμα στο έδαφος ενός κράτους» να κυκλοφορεί ελεύθερα εντός αυτού και να επιλέγει τον τόπο διαμονής του. Κατ' αντιδιαστολή συνάγεται ότι το δικαίωμα αυτό δεν αναγνωρίζεται στους μη νομίμως διαμένοντες αλλοδαπούς.

7 Βλ. και Δ.Θ.Τσάτσου, *Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Γ', Θεμελιώδη Δικαιώματα Γενικό Μέρος*, Αθήνα-Κομο-

όπως το δικαίωμα στη ζωή, η απαγόρευση βασανιστηρίων, η ελευθερία έκφρασης, το δικαίωμα στον γάμο και την οικογενειακή ζωή,⁸ το δικαίωμα των ανηλίκων στην εκπαίδευση,⁹ το δικαίωμα πρόσβασης στη δικαιοσύνη κλπ. Αυτό είναι αυτονόητο λόγω της (σχετικής και λειτουργικής, έστω) οικουμενικότητας των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, τα οποία απονέμονται σε οποιονδήποτε είναι μέλος του ανθρωπίνου είδους. Έτσι για παράδειγμα, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Δικαιωμάτων του Ανθρώπου έκρινε, στην υπόθεση *Anakomba Yula*,¹⁰ ότι η άρνηση του Βελγίου να χορηγήσει, όσον αφορά τα δικαστικά έξοδα, το ευεργέτημα πενίας και στους μη νομίμως διαμένοντες στην επικράτεια αλλοδαπούς, όπως αντιθέτως συμβαίνει με τους νομίμως διαμένοντες, συνιστά απαγορευμένη διάκριση κατά την πρόσβαση στη δικαιοσύνη. Το Δικαστήριο εκεί έλαβε, πάντως, υπόψη τη σοβαρότητα του επίδικου εν προκειμένω ζητήματος, που ήταν η αναγνώριση πατρότητας, δηλαδή ζήτημα που αγγίζει τον πυρήνα του δικαιώματος στην οικογενειακή ζωή. Εξίσου, στην απόφαση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής Κοινωνικών Δικαιωμάτων, FIDH κατά Γαλλίας του 2004, κρίθηκε ότι η μη παροχή επαρκών υπηρεσιών υγείας σε τέκνα μη νομίμως διαμενόντων αλλοδαπών παραβιάζει, βάσει και της σχετικής διεθνούς σύμβασης, τα δικαιώματα των παιδιών σε φροντίδα και πρόνοια, παρότι υπάρχει στο Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη ρητή πρόβλεψη (παρ. 1 του Προσαρτήματος και αρ. 13 παρ. 4 του Χάρτη) ότι τα δικαιώματά του, και ιδίως το δικαίωμα στην κοινωνική και ιατρική πρόνοια, καταλαμβάνουν μόνο νομίμως διαμένοντες αλλοδαπούς.¹¹

Από την άλλη πλευρά, τα υπό στενή έννοια πολιτικά δικαιώματα και συγκεκριμένα τα δικαιώματα συμμετοχής (εκλέγειν, εκλέγεσθαι και ίδρυσης πολιτικού κόμματος)¹² στην

τηνή, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, 1988, σ. 165.

8 Βλ., όμως, για τα εμπόδια που στην πράξη συναντούσαν οι αιτούντες άσυλο που επιθυμούσαν να συνάψουν γάμο στην Ελλάδα, Β. Κερασιώτη, «Το δικαίωμα των αιτούντων άσυλο στο γάμο και στην ομαλή οικογενειακή ζωή υπό το φως της ΕΣΔΑ», *ΕΜεΔ* 3/2010, 244.

9 Βλ. σχετικά Συνήγορος του Πολίτη, «Εγγραφο 429/01.3/19.12.2003», *ΕΔΠΑ* 2003, 537, για το δικαίωμα των τέκνων μη νομίμως διαμενόντων αλλοδαπών να εγγράφονται και να παρακολουθούν μαθήματα στα ελληνικά σχολεία.

10 Βλ. *ΕΔΔΑ Anakomba Yula v. Belgium*, αρ. προσφ. 45413/07, απόφαση της 10^{ης} Μαρτίου 2009, παρ. 37-40.

11 *European Committee on Social Rights, FIDH v. France*, αρ. Προσφ. 14/2003, απόφαση της 8^{ης} Σεπτεμβρίου 2004.

12 Στην κλασική τριπλή κατηγοριοποίηση των δικαιωμάτων, ως πολιτικά δικαιώματα αναφέρονται όσα ανήκουν στον *status activus*, δηλαδή όσα έχουν ως αντικείμενο την ενεργό συμμετοχή του πολίτη στον σχηματισμό της πολιτειακής βούλησης. Ο Δ.Θ. Τσάτσος, *ό.π.* (υποσ. 7), σ. 199 εντάσσει σε αυτά και τα δικαιώματα διορισμού σε θέσεις δημοσίων υπαλλήλων (αρ. 4 παρ. 4 και 103 Σ.) ή δικαστών. Εξάλλου, ο Κ. Χρυσόγονος, *Ατομικά και Κοινωνικά Δικαιώματα*, 3^η έκδ., Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, αναφέρει ότι μπορεί να ενταχθούν στον *status positivus* και διαδικαστικά δικαιώματα, όπως το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης (σ. 469) και το δικαίωμα δικαστικής προστασίας (σ. 423). Τέλος, ο Ο. De Schutter, *Links between*

κεντρική πολιτική σκηνή¹³ δεν μπορεί παρά να απονέμονται αποκλειστικά και μόνο στους πολίτες μιας χώρας.¹⁴ Αυτό δεν είναι απλά συνέπεια του γεγονότος ότι η σχετική διαφοροποίηση στηρίζεται σε θεμιτό και συναφές κριτήριο, αυτό της ιδιότητας του πολίτη. Στην πραγματικότητα, αποτελεί άμεση απόρροια της δημοκρατικής αρχής: για να υπάρχει συντεταγμένο κράτος δημοκρατικά οργανωμένο, πρέπει να υπάρχει λαός. Για να υπάρχει λαός, πρέπει να υπάρχουν κανόνες που ορίζουν ποιος ανήκει σε αυτόν. Η δημοκρατία δημιουργεί εξ ορισμού αποκλεισμούς,¹⁵ αλλιώς χάνεται η έννοια του συνδέσμου με την πολιτική κοινότητα¹⁶ και τελικώς εξανεμίζεται ή αλλοιώνεται η δημοκρατική φύση του πολιτεύματος. Συνεπώς, δεν μπορεί να νοηθεί απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας στο πεδίο των πολιτικών δικαιωμάτων, όπως άλλωστε ρητά συνάγεται από το άρθρο 16 της ΕΣΔΑ.¹⁷ Χαρακτηριστικό είναι δε ότι κάτι τέτοιο δεν προβλέπεται ούτε καν στο πλαίσιο της ιθαγένειας της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Ανάμεσα στις δύο αυτές άκρες του φάσματος (θεμελιώδη ανθρώπινα δικαιώματα που απονέμονται σε όλους χωρίς διακρίσεις και πολιτικά δικαιώματα που απονέμονται μόνο στους πολίτες κατ' αποκλεισμό όλων των υπολοίπων) υπάρχει ένα ευρύ πεδίο εννόμων

migration and discrimination - A legal analysis of the situation in EU Member States, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2016, σ. 72, κατατάσσει στα *lato sensu* πολιτικά δικαιώματα και τα δικαιώματα έκφρασης και συνάθροισης. Φορείς πολιτικών δικαιωμάτων, υπό αυτή την ευρεία έννοια, είναι κατά περίπτωση και αλλοδαποί, ιδίως όσον αφορά δικαιώματα όπως αυτό της έννομης προστασίας ή της ελευθερίας έκφρασης.

13 Για τη συμμετοχή των αλλοδαπών στη δημόσια ζωή σε τοπικό επίπεδο έχει συναφθεί ήδη από το 1992 Σύμβαση του Συμβουλίου της Ευρώπης (*Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level*), την οποία πάντως έχουν κυρώσει μόνο 9 κράτη μέλη, ενώ η Ελλάδα δεν την έχει καν υπογράψει. Εξάλλου, η νομοθετική απόπειρα απόδοσης δικαιώματος εκλέγειν και εκλέγεσθαι στις εκλογές για τους Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης στους νομίμως διαμένοντες αλλοδαπούς υπό ορισμένες προϋποθέσεις (αρ. 14 και 17 του ν. 3838/2010) κρίθηκε αντισυνταγματική από την Ολομέλεια του Συμβουλίου της Επικρατείας με την 460/2013 απόφασή του (ΔΔίκη 2013, 959).

14 Βλ. και Δ. Θ. Τσάτσου, *ό.π.* (υποσ. 7), σ. 164.

15 Βλ. και Χ. Παπαστυλιανού, «Η ιθαγένεια ως κριτήριο διαφοροποίησης των φορέων δικαιωμάτων: Οι αλλοδαποί ως υποκείμενα δικαιωμάτων στον ευρωπαϊκό συνταγματικό χώρο» σε Γ.Σ. Κατρούγκαλου (επιμ.), *Ανισότητες και Δίκαιο*, Αθήνα, εκδ. Αλεξάνδρεια, 2014, σ. 160.

16 Όπως σημειώνει ο Α. Μανιτάκης, *Ελληνικό Συνταγματικό Δίκαιο, Τόμος Ι – Θεμελιώδεις Έννοιες*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2004, σ. 195 «Αυτό που ενώνει, τελικά, τα μέλη ενός κοινωνικού συνόλου και επιτρέπει τον μετασχηματισμό τους από απλή “κοινότητα διαβίωσης”, από “πληθυσμό”... σε “λαό” ή “δήμο”, είναι η ιδιότητα του πολίτη με την τυπική και ουσιαστική του όρου έννοια, υποβασταζόμενη, άρα, από αισθήματα πολιτικής, κοινωνικής και εθνικής αλληλεγγύης, από τη θέληση της κοινής διαβίωσης». Αμέσως κατωτέρω, βέβαια, ο ίδιος υπογραμμίζει ότι «η κοινή διαβίωση σε έναν κοινό τόπο και η ανάγκη της από κοινού διαχείρισης των “δημοσίων πραγμάτων” συνηγορούν υπέρ της διεύρυνσης της έννοιας της ιδιότητας του πολίτη, ώστε να συμπεριλάβει στη διαχείριση των τοπικών, τουλάχιστον, υποθέσεων και τους μετανάστες» (σ. 196).

17 «Ουδεμία διάταξη των άρθρων 10, 11 και 14 δύναται να θεωρηθεί ως απαγορεύουσα εις τα υψηλά συμβαλλόμενα μέρη να επιβάλλωσι περιορισμούς εις την πολιτική δραστηριότητα των ξένων».

σχέσεων όπου η απαγόρευση διακρίσεων αποτελεί διακύβευμα.¹⁸ Στο πεδίο αυτό μπορούμε να ξεχωρίσουμε τρεις ομάδες εννόμων σχέσεων: 1. δικαίωμα εισόδου, διαμονής και πρόσβασης στην αγορά εργασίας (περιλαμβανομένης σε κάποιο βαθμό της πρόσβασης σε δημόσιες θέσεις ή δημόσια λειτουργήματα), 2. παροχικά δικαιώματα κάθε φύσης και φορολογική μεταχείριση και 3. έννομες σχέσεις μεταξύ ιδιωτών, ιδίως σε ότι αφορά την εργασία και την προμήθεια αγαθών που διατίθενται ελεύθερα στο κοινό.

Μπορούμε να εντοπίσουμε δύο στρατηγικές προσεγγίσεις στο ζήτημα των διακρίσεων που εντάσσονται σε αυτή την ενδιαμέση ζώνη. Η μία στηρίζεται στην κλασική φόρμουλα της αρχής της ισότητας,¹⁹ ενώ η δεύτερη αντιλαμβάνεται τη χρήση του κριτηρίου της ιθαγένειας ως υποκατάστατο άλλων κριτηρίων και συγκεκριμένα της φυλής, της εθνοτικής καταγωγής και της θρησκείας που αποτελούν ευθέως απαγορευμένους λόγους. Η σημασία επιλογής της μίας ή της άλλης στρατηγικής έγκειται κυρίως στο εύρος των έννομων σχέσεων που προστατεύονται και τα νομικά εργαλεία που παρέχονται για την προστασία των αλλοδαπών.

4. Όμοια μεταχείριση ομοίων και ανόμοια ανομοίων

Ως προς την πρώτη προσέγγιση, δύο είναι τα κρίσιμα που ζητήματα πρέπει να εξεταστούν: πρώτον, αν υπάρχει κανονιστική βάση για την εφαρμογή της αρχής της ισότητας σε περιπτώσεις που αφορούν διακρίσεις λόγω ιθαγένειας, και δεύτερον, αν ναι, κατά πόσο οι διαφοροποιήσεις στη μεταχείριση βάσει ιθαγένειας παραβιάζουν την αρχή αυτή. Ειδικότερα, όπως είναι γνωστό, η αρχή της ισότητας επιτάσσει την όμοια μεταχείριση των όμοιων περιπτώσεων και την ανόμοια των ανομοίων. Το κρίσιμο πάντοτε ζήτημα όσον

¹⁸ Έχουν φυσικά υποστηριχθεί και διαφορετικές κατηγοριοποιήσεις των δικαιωμάτων που απονέμονται στους αλλοδαπούς. Πχ., ιδίως στο πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης, η H. Lambert, *La situation des étrangers au regard de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, σ. 45 επ. διακρίνει τρεις κατηγορίες δικαιωμάτων που αναγνωρίζονται στους αλλοδαπούς από την ΕΣΔΑ: *απόλυτα δικαιώματα* (δικαίωμα στη ζωή, απαγόρευση βασανιστηρίων, απαγόρευση δουλείας και μη αναδρομικότητα ποινικού νόμου, δηλαδή τα δικαιώματα από τα οποία δεν χωρεί παρέκκλιση ούτε σε έκτακτες συνθήκες κατά το άρθρο 15 ΕΣΔΑ), *δικαιώματα με επιφύλαξη* (αρ. 8, 9, 10, 11 και 12 ΕΣΔΑ, καθώς και αρ. 2 Πρώτου Πρωτοκόλλου και αρ. 2 Τέταρτου Πρωτοκόλλου) και *περιορισμένα δικαιώματα* (κυρίως το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη).

¹⁹ Ενδιαφέρουσα είναι η σκέψη που διατυπώνεται στη ΣτΕ 612/2009, *TNI Nomos*, σύμφωνα με την οποία «η κατά το άρθρο 12 παρ. 1 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση απαγόρευση των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας δεν αποτελεί παρά ειδική έκφανση της γενικής αρχής της ισότητας η οποία, απαιτεί να μην υπάρχει διαφορετική μεταχείριση ανάλογων καταστάσεων, εκτός αν η διαφοροποίηση δικαιολογείται αντικειμενικώς». Η σύνδεση της ισότητας με την απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, έστω στο πλαίσιο της σύγκρισης Ελλήνων πολιτών με πολίτες των λοιπών κρατών μελών, δείχνει ότι η επίκληση της αρχής της ισότητας σε περιπτώσεις διακρίσεων λόγω ιθαγένειας, όταν δεν υπάρχει ειδική προς τούτο διάταξη, είναι καταρχήν θεμιτή.

αφορά την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης είναι ο εντοπισμός του κατάλληλου κριτηρίου σύγκρισης των περιπτώσεων, το οποίο, όπως γίνεται δεκτό, πρέπει να είναι συναφές με το αντικείμενο και τον σκοπό της ρύθμισης.²⁰ Εν προκειμένω, το ερώτημα που τίθεται, ενόψει της συγκεκριμένης κάθε φορά ρύθμισης, είναι αν η ιθαγένεια, ως κριτήριο διαφοροποίησης των περιπτώσεων, περνάει το τεστ της συνάφειας.

4.1. Νομική βάση

Το ελληνικό Σύνταγμα περιορίζει την εφαρμογή της αρχής της ισότητας στους έλληνες πολίτες.²¹ Ωστόσο, οι αλλοδαποί μπορούν να επικαλεστούν τις αντίστοιχες διατάξεις των διεθνών συμβάσεων που έχει επικυρώσει με νόμο η Ελλάδα, και ιδίως το άρθρο 14 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (ΕΣΔΑ)²² και το άρθρο 26 του Διεθνούς Συμφώνου για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (ΔΣΑΠΔ)²³. Και οι δύο διατάξεις κατοχυρώνουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης μέσα από μια ανοιχτή λίστα λόγων διάκρισης. Η διαφορά είναι ότι για την επίκληση του άρθρου 14 της ΕΣΔΑ, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου του Στρασβούργου,²⁴ απαιτείται η υπόθεση να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής κάποιου από τα άλλα δικαιώματα της Σύμβασης ή των Προσθέτων Πρωτοκόλλων, ενώ η επίκληση του άρθρου 26 του Διεθνούς Συμφώνου μπορεί να γίνει αυτόνομα σε κάθε περίπτωση νομικής διαφοροποίησης μεταξύ προσώπων που βρίσκονται υπό τη δικαιοδοσία ενός κράτους.²⁵ Έτσι, το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της αρχής της ισότητας - μέσω της όσμωσης των εθνικών συνταγματικών διατάξεων με τις αντίστοιχες των διεθνών συμβάσεων ανθρωπίνων δικαιωμάτων - επεκτείνεται ώστε να καταλαμβάνει και τους αλλοδαπούς.

20 Βλ. Σ. Κοφίνης, *Ισότητα και Απαγόρευση Διακρίσεων*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2016, σ. 96 επ.

21 Το άρθρο 4 παρ. 1 ορίζει ότι «οι Έλληνες είναι ίσοι ενώπιον του νόμου». Αντίστοιχη διατύπωση έχουν αρκετά ακόμη ευρωπαϊκά συντάγματα, όπως το Βελγικό (αρ. 10), το Ιταλικό (αρ. 3) και το Ισπανικό (αρ. 14). Όπως, λοιπόν, γίνεται δεκτό στην ελληνική θεωρία και νομολογία [ενδεικτικά βλ. Κ. Χρυσόγονου, ό.π. (υποσ. 12), σ. 127], αλλοδαποί δεν μπορούν να επικαλεστούν το άρθρο 4 παρ. 1 του Συντάγματος.

22 Η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53 της 19/20 Σεπτεμβρίου 1974.

23 Το οποίο κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 2462/1997.

24 Βλ. ενδεικτικά την απόφαση αρχής της 23^{ης} Ιουλίου 1968 του ΕΔΔΑ, γνωστή ως *Belgian Linguistic*, αρ. προσφ. 1474, 1677, 1691/62, 1769, 1994/63 και 2126/64 και την πάγια έκτοτε νομολογία.

25 Βλ. Human Rights Committee, *S. W. M. Broeks v. The Netherlands*, Communication No. 172/1984, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 196 (1990), παρ. 12.3-12.4 και Human Rights Committee, *Ibrahima Gueye et al. v. France*, Communication No. 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989), παρ. 5.2.

4.2. Ο έλεγχος παραβίασης της αρχής της ισότητας στα τρία πεδία εννόμων σχέσεων

4.2.1. Είσοδος, διαμονή, πρόσβαση σε εργασία

4.2.1.1. Όπως παγίως γίνεται δεκτό, ο έλεγχος της εισόδου και διαμονής των αλλοδαπών καταρχήν εμπίπτει στην κυριαρχική εξουσία του κάθε κράτους. Το ΕΔΔΑ έχει δεχθεί ότι η απομάκρυνση αλλοδαπού που έχει εισέλθει ή διαμένει παράνομα στο έδαφος ενός κράτους μόνο σε όλως εξαιρετικές περιστάσεις αντίκειται στη διάταξη του άρθρου 8 παρ. 1 της ΕΣΔΑ, οι εγγυήσεις του οποίου σε κάθε περίπτωση δεν συνεπάγονται και την άνευ ετέρου χορήγηση άδειας διαμονής συγκεκριμένου τύπου.²⁶ Η απέλαση αλλοδαπού από μία χώρα δεν παραβιάζει, κατά το ΕΔΔΑ, την αρχή της ίσης μεταχείρισης ούτε σε σχέση με τους πολίτες της χώρας αυτής, δεδομένου ότι όσον αφορά το δικαίωμα διαμονής τελούν υπό διαφορετικές συνθήκες προς τους αλλοδαπούς, ούτε σε σύγκριση με τους πολίτες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, διότι η διαφοροποίηση αυτή δικαιολογείται από αντικειμενικούς και εύλογους λόγους, που συνίστανται στη συγκρότηση μιας διακριτής έννομης τάξης στο πλαίσιο της Ένωσης, η οποία αποδίδει δικαιώματα ιθαγένειας στους πολίτες της.²⁷

4.2.1.2. Όσον αφορά την πρόσβαση των νομίμως διαμενόντων αλλοδαπών σε επάγγελμα ή εργασία, πρέπει καταρχάς να σημειωθεί ότι η ελευθερία της άσκησης ενός επαγγέλματος δεν κατοχυρώνεται ρητώς στην ΕΣΔΑ, αλλά μπορεί να εξαχθεί ερμηνευτικά από το άρθρο 8, στον βαθμό που οι περιορισμοί στην επαγγελματική ζωή «έχουν αντίκτυπο στον τρόπο με τον οποίο το άτομο σφυρηλατεί την κοινωνική ταυτότητά του».²⁸ Στο πλαίσιο αυτό, το ΕΔΔΑ έχει δεχθεί ότι τα συμβαλλόμενα κράτη διατηρούν ευρύ περιθώριο εκτίμησης όσον αφορά τον περιορισμό της πρόσβασης σε ορισμένα δημόσια λειτουργήματα μόνο στους πολίτες τους. Έτσι, στην υπόθεση *Bigaeva* κατά Ελλάδας του 2009, ενώ δέχθηκε ότι η άρνηση εγγραφής της προσφεύγουσας, λόγω της ιθαγένειάς της, στα μητρώα του δικηγορικού συλλόγου μετά την ολοκλήρωση της πρακτικής άσκησης της, παραβιάζει το άρθρο 8, δεν δέχθηκε, λαμβάνοντας υπόψη την ιδιαίτερη φύση του δικηγορικού λειτουργήματος, ότι αυτή η μεταχείριση συνιστά ταυτόχρονα διάκριση λόγω ιθαγένειας. Το

26 ΕΔΔΑ (Ολ.) *Abdulaziz, Cabales και Balkandali v. U.K.*, αρ. προσφ. 9214/80, 9473/81, 9474/81, απόφαση της 28^{ης} Μαΐου 1985, παρ. 68· ΕΔΔΑ (ευρ. σύνθ.) *Syssoeva et.al. v. Latvia*, αρ. προσφ. 60654/2000, απόφαση της 15^{ης} Ιανουαρίου 2007, παρ. 91· ΕΔΔΑ *Nunez v. Norway*, αρ. προσφ. 55597/09, απόφαση της 28^{ης} Ιουνίου 2011, παρ. 70· *Rodrigues da Silva and Hoogkamer v. Netherlands*, αρ. προσφ. 50435/99, απόφαση της 31^{ης} Ιανουαρίου 2006, παρ. 39· *Narenji Haghighi v. Netherlands*, αρ. προσφ. 38165/07, απόφαση επί του παραδεκτού της 14^{ης} Απριλίου 2009· και *Ajayi and Others v. U.K.*, αρ. προσφ. 27663/95, απόφαση επί του παραδεκτού της 22^{ης} Ιουνίου 1999.

27 ΕΔΔΑ *Moustaquim v. Belgium*, αρ. προσφ. 12313/86, απόφαση της 18^{ης} Φεβρουαρίου 1991, παρ. 49 και *C. v. Belgium*, αρ. προσφ. 21794/93, απόφαση της 7^{ης} Αυγούστου 1996, παρ. 38.

28 ΕΔΔΑ *Bigaeva* κ. Ελλάδας, αρ. προσφ. 26713/05, απόφαση της 28^{ης} Μαΐου 2009, παρ. 23.

Δικαστήριο του Στρασβούργου εδώ αρκέστηκε να διαπιστώσει ότι δεν υφίσταται αυθαιρεσία στην εκτίμηση των εθνικών αρχών και ότι συνεπώς η επιλογή αυτή βασίζεται σε μια αντικειμενική και εύλογη αιτιολογία.

4.2.1.3. Μεγαλύτερο, ωστόσο, πρακτικό ενδιαφέρον παρουσιάζει η πρόσβαση των αλλοδαπών σε επαγγέλματα που δεν έχουν χαρακτήρα δημόσιου λειτουργήματος.²⁹ Το άρθρο 18 του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη³⁰ εγγυάται (ως κοινωνικό δικαίωμα) την πρόσβαση των πολιτών όλων των συμβαλλομένων κρατών στην εργασία στο έδαφος κάθε άλλου συμβαλλόμενου κράτους με όρους ισότητας προς τους πολίτες του κράτους υποδοχής,³¹ ενώ εν γένει το δικαίωμα στην εργασία προστατεύεται στο άρθρο 1 του εν λόγω Χάρτη.

Παρ' όλα αυτά, στην Ελλάδα δεν συνιστά άγνωστη πρακτική η θέση περιορισμών στην άσκηση από αλλοδαπούς επαγγελματιών που δεν συνιστούν δημόσια λειτουργήματα. Χαρακτηριστική είναι, από τη νομολογία, η περίπτωση του αποκλεισμού των (μη ομογενών) πολιτών τρίτων χωρών από τη χορήγηση - κατά προτεραιότητα σε ανέργους - αδειών πωλητών λαϊκών αγορών.³² Η απόρριψη από το Συμβούλιο της Επικρατείας της αίτησης ακύρωσης των ενδιαφερομένων κατά της σχετικής κανονιστικής πράξης θεμελιώθηκε, επιγραμματικά, σε τρία σημεία: α) το Σύνταγμα εγγυάται στο άρθρο 21 το κοινωνικό δικαίωμα στην εργασία μόνο για τους Έλληνες πολίτες και, συνεπώς, θεμιτώς η Διοίκηση, όταν χορηγεί άδειες υπαίθριου εμπορίου προς τον σκοπό, μεταξύ άλλων, καταπολέμησης

29 Το ζήτημα συνάπτεται, στην ελληνική έννομη τάξη, με τον εννοιολογικό προσδιορισμό του όρου «δημόσιες λειτουργίες», όπως συναντάται στο άρθρο 4 παρ. 4 Σ. Η ελληνική θεωρία, ενόψει της *prima facie* αντίθεσης μεταξύ της συγκεκριμένης συνταγματικής διάταξης και του ενωσιακού δικαίου, φαίνεται να προκρίνει πλέον μια συστατική ερμηνεία της έννοιας, βάσει του λειτουργικού και όχι του οργανικού κριτηρίου, ώστε το περιεχόμενο του όρου να στοιχίζεται προς την αντίστοιχη έννοια της δημόσιας θέσης στο πρωτογενές ενωσιακό δίκαιο (βλ. Π. Δ. Δαγτόγλου, *Συνταγματικό Δίκαιο – Ατομικά Δικαιώματα*, 4^η έκδ., Αθήνα-Θεσσαλονίκη, εκδ. Σάκκουλα, 2012, σ. 1064-1065· Κ. Χρυσόγονου, *ό.π.* (υποσ. 12), σ. 168· *contra* βλ. Π. Ι. Παραρά, *Σύνταγμα – Corpus I*, Άρθρα 1-4, 2^η έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, 2010, σ. 551). Αντίστοιχη θέση δείχνει να υιοθετεί και ο Άρειος Πάγος στην 1682/2011 απόφασή του (*TNI Nomos*) που ασχολήθηκε με το ζήτημα της δυνατότητας Αλβανού μουσικού να προσληφθεί με σχέση εργασίας ιδιωτικού δικαίου στη Συμφωνική Ορχήστρα του Δήμου Αθηναίων.

30 Που κυρώθηκε στην Ελλάδα με τον ν. 4359/2016.

31 Βλ. και τη σκ. 18 του Μέρους I του Χάρτη.

32 Με το αρ. 1 παρ. 1 της Κ1-188/18.1.2006 απόφασης του Υφυπουργού Ανάπτυξης «Καθορισμός όρων, προϋποθέσεων και διαδικασίας για την χορήγηση άδειας επαγγελματία πωλητή λαϊκών αγορών του άρθρου 29 του ν.3377/2005» (ΦΕΚ Β'66), η οποία εκδόθηκε δυνάμει εξουσιοδοτικής διάταξης του αρ. 29 του ν. 3377/2005, ορίστηκε ότι μπορούσαν, κατά παρέκκλιση από την πάγια διαδικασία του νόμου, να χορηγηθούν άδειες πωλητών λαϊκών αγορών σε όσους ασκούσαν το εν λόγω επάγγελμα πριν τις 30.6.2005, εφόσον επρόκειτο για φυσικά πρόσωπα, μόνιμους κατοίκους Ελλάδας, που είχαν ιθαγένεια κράτους μέλους της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή ήταν ομογενείς Βορειοηπειρώτες ή ομογενείς παλιννοστούντες από τις χώρες της πρώην Ε.Σ.Σ.Δ. Η κανονιστική αυτή πράξη προσβλήθηκε ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας.

της ανεργίας, λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της ιθαγένειας των ενδιαφερομένων, αποκλείοντας τους πολίτες τρίτων χωρών, β) η προστασία έναντι των διακρίσεων βάσει του άρθρου 2 του ΔΣΑΠΔ αφορά μόνο τα δικαιώματα που κατοχυρώνονται στο Σύμφωνο και σε αυτά δεν συγκαταλέγεται η επαγγελματική ελευθερία και γ) οι Οδηγίες 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ δεν καλύπτουν περιπτώσεις διακρίσεων λόγω ιθαγένειας.³³

Θα μπορούσε, ωστόσο, να υποστηριχθεί και διαφορετική γραμμή σκέψης: α) οι πολίτες τρίτων χωρών μπορούν να επικαλεστούν, όπως είδαμε, το άρθρο 26 του Διεθνούς Συμφώνου για να αξιώσουν ίση μεταχείριση σε κάθε περίπτωση νομοθετικής ρύθμισης που ισχύει και εφαρμόζεται εντός της επικράτειας ενός συμβαλλόμενου κράτους, β) το κριτήριο της ανεργίας είναι πράγματι κατάλληλο κριτήριο για τη διαφοροποίηση των περιπτώσεων κατά τη χορήγηση των εν λόγω αδειών πωλητών, αφού συνάπτεται προς τον σκοπό και το αντικείμενο της ρύθμισης, γ) στον βαθμό που αναφερόμαστε σε πολίτες τρίτων χωρών που, όμως, προέρχονται από συμβαλλόμενα στον Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη κράτη, το κριτήριο της ιθαγένειας του ανέργου δεν είναι θεμιτό, δεδομένου ότι από τα άρθρα 1 και 18 του εν λόγω Χάρτη συνάγεται υποχρέωση των κρατών να μεριμνούν εξίσου για την επαγγελματική αποκατάσταση όλων των προσώπων και τη διατήρηση ενός «όσο το δυνατόν υψηλότερου και σταθερότερου επιπέδου απασχόλησης». Συνεπώς, ο σκοπός καταπολέμησης της ανεργίας δεν μπορεί να εισάγει διαφοροποίηση στη μεταχείριση μεταξύ ελλήνων και (των συγκεκριμένων τουλάχιστον) πολιτών τρίτων χωρών, στον βαθμό που οι υπερνομοθετικές διατάξεις κοινωνικών δικαιωμάτων, ανεξαρτήτως του αν έχουν ή όχι αυτοδύναμη εφαρμογή (*self-executing*), μπορούν να λειτουργήσουν ως ερμηνευτικά κριτήρια κατά τον έλεγχο αντίθεσης ενός νόμου προς την αρχή της ίσης μεταχείρισης.³⁴

Στο σημείο αυτό να σημειώσουμε ότι η Επιτροπή Κοινωνικών Δικαιωμάτων έχει αρκετές φορές διαπιστώσει στα Συμπεράσματά της ότι η Ελλάδα παραβιάζει τα τις διατάξεις περί δικαιώματος στην εργασία λόγω των υπερβολικών περιορισμών στην πρόσβαση αλλοδαπών σε πολλές, δημόσιες μάλιστα, θέσεις, που δεν συνδέονται με την άσκηση δημόσιας εξουσίας.³⁵

4.2.2. Παροχικά δικαιώματα και φορολογική μεταχείριση

4.2.2.1. Στο πλαίσιο των προνοιακών ή κοινωνικοασφαλιστικών παροχών, η θέση του ΕΔΔΑ είναι αντιστρόφως ανάλογη προς εκείνη που διατηρεί για την είσοδο και διαμονή

³³ ΣτΕ 1380/2008, ΝοΒ 3/2009, 680.

³⁴ Πρβλ. τον ανάλογο προβληματισμό του Η. Μάζου, «Η απαλλαγή των προσφύγων από τον φόρο μεταβίβασης ακινήτων για την αγορά πρώτης κατοικίας», *ΕΔΠΑ* 2007, 655-663, 661 με περαιτέρω παραπομπές.

³⁵ Βλ. ενδεικτικά Επιτροπή Κοινωνικών Δικαιωμάτων, *Συμπεράσματα XVIII-1 - Greece - Article 1-2, περίοδος αναφοράς 01/01/2003 - 31/12/2004* και *Συμπεράσματα Επιτροπής Κοινωνικών Δικαιωμάτων, XXI-1 - Greece - Article 1-2, περίοδος αναφοράς 01/01/2011 - 31/12/2014*.

των πολιτών τρίτων χωρών. Διαφοροποιήσεις μεταξύ ημεδαπών και πολιτών τρίτων χωρών στη χορήγηση συνταξιοδοτικών ή προνοιακών ενισχύσεων κρίνονται συστηματικά ως παραβιάζουσες την αρχή της ίσης μεταχείρισης, διότι το κριτήριο της ιθαγένειας, στο πεδίο των εν λόγω ρυθμίσεων, δεν (μπορεί να) είναι συναφές για την κατηγοριοποίηση των προσώπων.³⁶ Ενδεικτικά θα αναφέρουμε εδώ την υπόθεση *Gaygusuz κατά Αυστρίας*.³⁷ Στην απόφαση εκείνη, το ΕΔΔΑ έκρινε ότι η διαφοροποίηση στη μεταχείριση μεταξύ Αυστριακών πολιτών και αλλοδαπών (στην προκείμενη περίπτωση ενός Τούρκου) όσον αφορά τη χορήγηση ενός έκτακτου βοηθήματος συμπληρωματικού στη σύνταξη συνιστούσε διάκριση κατά την έννοια του άρθρου 14, αφού τόσο οι αλλοδαποί όσο και οι πολίτες της Αυστρίας βρίσκονταν σε όμοια κατάσταση με βάση το κριτήριο της καταβολής των σχετικών ασφαλιστικών εισφορών από τις οποίες χρηματοδοτούνταν το έκτακτο βοήθημα. Το Δικαστήριο, στην πραγματικότητα, φαίνεται εδώ να εντάσσει τις διακρίσεις λόγω ιθαγένειας κατά την πρόσβαση σε κοινωνικοασφαλιστικές παροχές στην κατηγορία των λόγων που απαιτούν υψηλό επίπεδο ελέγχου³⁸ και άρα δικαιολογούνται μόνο από ιδιαίτερος σοβαρούς λόγους (παρ. 42).

Παρόμοια είναι και η στάση της Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ, όπως χαρακτηριστικά διατυπώθηκε στην υπόθεση *Ibrahima Gueye*.³⁹ Με την τελευταία αυτή απόφαση κρίθηκε ότι η άρνηση της Γαλλίας να καταβάλει στρατιωτική σύνταξη σε πρώην στρατιώτες του γαλλικού στρατού, οι οποίοι απώλεσαν τη γαλλική ιθαγένεια και απέκτησαν την ιθαγένεια της Σενεγάλης μετά την ανεξαρτητοποίηση της τελευταίας, συνιστά πα-

36 Η ελληνική νομολογία, αντιθέτως, δείχνει να αντιμετωπίζει πολύ πιο περιοριστικά την πρόσβαση των πολιτών τρίτων χωρών σε κοινωνικές παροχές, αντλώντας επιχειρήματα κυρίως από τη συνταγματική κατοχύρωση των κοινωνικών δικαιωμάτων υπέρ των ελλήνων πολιτών. Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ επτ. 771/2007, ΘΠΔΔ 2008, 170, που οδήγησε σε καταδίκη της Ελλάδας από το ΕΔΔΑ (υπόθεση *Saidoun*, βλ. επόμενη υποσ.). Βλ., όμως, και Στε επτ. 539/2016, ΕΜεΔ 16 (2015), σ. 229, η οποία δέχθηκε ότι σύνταξη χρείας δικαιούται και αλλοδαπός σύζυγος Έλληνα ασφαλισμένου που δεν διαθέτει νόμιμη άδεια διαμονής στη χώρα. Στη θεωρία έχει, πάντως, διατυπωθεί η θέση ότι, όπου το ελληνικό Σύνταγμα αναφέρεται σε «πολίτη» στο πλαίσιο κοινωνικών δικαιωμάτων, «πρέπει να θεωρηθεί ότι εννοείται όχι ο Έλληνας πολίτης, δηλαδή όποιος έχει την ελληνική υπηκοότητα ή ιθαγένεια, αλλά ο ‘κοινωνικός πολίτης’, δηλαδή το μέλος του κοινωνικού συνόλου», έννοια που περιλαμβάνει και τους μονίμως και νομίμως εγκατεστημένους στη χώρα αλλοδαπούς· βλ. σχετικά Α. Καϊδατζή, *Κοινωνικά δικαιώματα, ιδιότητα του πολίτη και μετανάστες*, 2010, www.constitutionalism.gr (τελ. επίσκεψη 4 Απριλίου 2017).

37 ΕΔΔΑ *Gaygusuz v. Austria*, αρ. προσφ. 17371/90, απόφαση της 16^{ης} Σεπτεμβρίου 1996. Η θέση αυτή του ΕΔΔΑ συνιστά πάγια νομολογία που επαναλήφθηκε εκ τότε σε αρκετές αποφάσεις: βλ. ενδεικτικά ΕΔΔΑ *Koua Poirrez v. France*, αρ. προσφ. 40892/98, απόφαση της 30^{ης} Σεπτεμβρίου 2003· *Niedzwiecki v. Germany*, αρ. προσφ. 58453/00, απόφαση της 25^{ης} Οκτωβρίου 2005· (μειζ. συνθ.) *Andrejeva v. Latvia*, αρ. προσφ. 55707/00, απόφαση της 18^{ης} Φεβρουαρίου 2009· *Saidoun κ. Ελλάδα*, αρ. προσφ. 40083/07, απόφαση της 28^{ης} Οκτωβρίου 2010.

38 Βλ. Ο. De Schutter, *ό.π.* (υποσ. 12), σ. 68.

39 Communication No. 196/1985, U.N. Doc. CCPR/C/35/D/196/1985 (1989).

ραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης, εφόσον το μόνο συναφές εν προκειμένω κριτήριο είναι το γεγονός της στρατιωτικής υπηρεσίας και όχι η ιθαγένεια των προσώπων.

4.2.2.2. Όσον αφορά τη φορολογική μεταχείριση των πολιτών τρίτων χωρών στην Ελλάδα, καταρχάς όπως παγίως γίνεται δεκτό, από το άρθρο 4 παρ. 5 Σ. προκύπτει ότι η φορολογική ισότητα καθιερώνεται συνταγματικά μόνο υπέρ των Ελλήνων και συνεπώς επιτρέπεται διαφοροποιημένη μεταχείριση των αλλοδαπών.⁴⁰ Ωστόσο, είναι ζήτημα το κατά πόσο ο νομοθέτης μπορεί να επιβάλει φορολογικές επιβαρύνσεις ή απαλλαγές με μόνο κριτήριο την ιθαγένεια, ενόψει των υποχρεώσεων που δημιουργούνται είτε από τις πολυμερείς συμβάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων, όπως κυρίως η ΕΣΔΑ και το ΔΣΑΠΔ, όπως ήδη είδαμε, είτε από διεθνείς συμβάσεις που αφορούν ειδικές κατηγορίες πολιτών τρίτων χωρών, είτε τέλος από τις συμβάσεις αποφυγής διπλής φορολογίας που έχει υπογράψει το ελληνικό κράτος με τρίτες χώρες.⁴¹

Το ζήτημα έχει απασχολήσει τα ελληνικά δικαστήρια ιδίως όσον αφορά την απαλλαγή από τον φόρο απόκτησης πρώτης κατοικίας, βάσει του άρθρου 1 του ν. 1078/1980.⁴² Ενόψει του μη ρητού αποκλεισμού των αλλοδαπών από το πεδίο εφαρμογής του νόμου, το ζήτημα απασχόλησε τη Διοίκηση και τα διοικητικά δικαστήρια επί μακρόν. Η μεν Ολομέλεια του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους (γνωμοδότηση 491/2001) έκρινε ότι η σχετική νομοθετική πρόβλεψη, ερμηνευόμενη υπό το φως της συνταγματικής επιταγής προς το Κράτος να φροντίζει για την απόκτηση κατοικίας από αυτούς που τη στερούνται ή στεγάζονται ανεπαρκώς (αρ. 21 παρ. 4), δεν περιλαμβάνει τους αλλοδαπούς. Την αντίθετη θέση πήραν τόσο ο Συνήγορος του Πολίτη⁴³ όσο και τα τακτικά διοικητικά δικαστήρια.⁴⁴ Εν τέλει, η απαλλαγή διευρύνθηκε, αρχικώς μέσω εγκυκλίων και Υπουργικών Αποφάσεων

40 Βλ. Θ. Φορτσάκη - Κ. Σαββαΐδου, *Φορολογικό Δίκαιο*, 4^η έκδ., Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2013, σ. 75. Βλ. ενδεικτικά ΣτΕ 1067-1069/1990, Διδικ 1991, 195, που έκριναν ότι διαφοροποιημένη φορολογική μεταχείριση μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών νομικών προσώπων είναι συνταγματικώς ανεκτή διότι οι αλλοδαπές επιχειρήσεις τελούν σε διαφορετικές συνθήκες σε σχέση με τις ημεδαπές.

41 Το αρ. 24 της Πρότυπης Σύμβασης του ΟΟΣΑ (βλ. <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>) για την αποφυγή διπλής φορολογίας (που στις συντριπτικά περισσότερες περιπτώσεις ακολουθεί και η Ελλάδα όταν συμβάλλεται με άλλα κράτη) απαγορεύει καταρχήν την εφαρμογή διατάξεων εσωτερικού δικαίου που επιβάλλουν δυσμενή φορολογική μεταχείριση των πολιτών του άλλου συμβαλλόμενου κράτους. Βλ. αναλυτικά Θ. Φορτσάκη - Κ. Σαββαΐδου, *ibid.*, σ. 406.

42 Συνοπτική παρουσίαση του ζητήματος βλ. σε Χ. Μαρινάκη, «Η απαλλαγή των αλλοδαπών από το φόρο μεταβίβασης ακινήτων κατά την απόκτηση πρώτης κατοικίας», *ΕΜΕΔ* 3/2009, σ. 16 επ.

43 Βλ. <https://www.synigoros.gr/?i=metaxeirisi.el.imnode1.52842> (τελ. επίσκεψη 5 Απριλίου 2017).

44 Βλ. ΔΠΠειρ 2648/1989, ΔΦΝ 1991, 301 για περίπτωση πολίτη Ηνωμένου Βασιλείου, όπου ρητώς διαπιστώνεται ότι «εκ του αποκλεισμού οποιουδήποτε στοιχείου ημεδαπότητας από τις προϋποθέσεις χορήγησης της ως άνω απαλλαγής...προκύπτει, ότι σταθερή βούληση του νομοθέτη ήταν η παροχή της...γενικώς σε φυσικά πρόσωπα που κατοικούν στην Ελλάδα ανεξαρτήτως από την ιθαγένειά τους». Βλ. και ΔΠΑθ 1913/2007, ΕΔΠΑ 2007, 313 (περιλ.) με παρόμοιο σκεπτικό.

και ακολούθως νομοθετικά,⁴⁵ ώστε να καλύπτει ορισμένες μόνο κατηγορίες πολιτών τρίτων χωρών, συγκεκριμένα τους ομογενείς αλλοδαπούς από την Αλβανία, την Τουρκία και τις χώρες της πρώην Σοβιετικής Ένωσης, τους επί μακρόν διαμένοντες και τους αναγνωρισμένους πρόσφυγες.⁴⁶ Για τις δύο τελευταίες αυτές κατηγορίες, η επέκταση μπορεί να θεωρηθεί ότι συνάγεται υποχρεωτικά από τις διατάξεις της Οδηγίας 2003/109/ΕΚ και της Σύμβασης της Γενεύης αντίστοιχα.⁴⁷ Το ζήτημα απασχολεί πάντως ακόμη τα δικαστήρια όσον αφορά τις λοιπές κατηγορίες πολιτών τρίτων χωρών,⁴⁸ σε γενικές δε γραμμές κάθε τυχόν διαφοροποίηση στη φορολογική μεταχείριση με το κριτήριο της ιθαγένειας πρέπει να εξετάζεται ενδελεχώς για τυχόν παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

4.3. Ιδιωτικές έννομες σχέσεις

Η γενική αρχή της ισότητας κατοχυρώνεται ως ισότητα ενώπιον του νόμου, όχι ενώπιον ιδιωτών, συνεπώς σε γενικές γραμμές δεν εφαρμόζεται άμεσα στις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών.⁴⁹ Ωστόσο, όπως παγίως γίνεται δεκτό, βρίσκει εφαρμογή στο εργατικό δίκαιο - στην Ελλάδα αυτό γίνεται και μέσω της ειδικότερης αρχής σε ίση αμοιβή για εργασία ίσης αξίας που κατοχυρώνει το άρθρο 22 παρ. 1 εδ. β'. Η διάταξη αυτή καταλαμβάνει και τους αλλοδαπούς εργαζόμενους, όπως έχουν αναγνωρίσει τα ελληνικά δικαστήρια.⁵⁰ Αυτό πάντως δεν έχει εμποδίσει τον Άρειο Πάγο να κρίνει ότι λόγοι «γενικότερου δημοσίου και κοινωνικού συμφέροντος», όπως εξειδικεύονται στο συμφέρον ανάπτυξης της εθνικής εμπορικής ναυτιλίας που τότε διήρχετο κρίση, επιτρέπουν τη διαφοροποίηση των αμοιβών μεταξύ ελλήνων και αλλοδαπών ναυτικών.⁵¹

45 Με την παρ.1 άρθρου 21 του ν.3842/2010 (ΦΕΚ Α' 58) και την παρ. 4 άρθρου 23 του ν. 3943/2011 (ΦΕΚ Α' 66).

46 Η πρώτη απαλλαγή προσφύγων από τον φόρο μεταβίβασης ακινήτων προβλέφθηκε στο αρ. 6 περ. α' α.ν. 1521/1950, αφορούσε, ωστόσο, τη στέγαση «αστών προσφύγων» με πεδίο εφαρμογής τους πρόσφυγες που δημιουργήθηκαν λόγω της ανταλλαγής πληθυσμών με τη Συνθήκη της Λωζάνης. Βλ. σχετικώς Ι. Φωτόπουλου, *Η Φορολογία Μεταβίβασης Ακινήτων*, 2^η έκδ., Αθήνα-Κομοτηνή, εκδ. Αντ.Ν.Σάκκουλα, 1999, σ. 540.

47 Βλ. αναλυτικά ως προς την τελευταία κατηγορία Η. Μάζου, *ό.π.* (υποσ. 34), σ. 655-663.

48 Βλ. π.χ. ΜονΔΠΘ 4240/2016 *αδην.*, η οποία έκρινε ότι δεν συνιστά απαγορευμένη διάκριση κατά την έννοια του ν. 3304/2005 ούτε αντίκειται στη γενική αρχή της ισότητας, βάσει του αρ. 26 ΔΣΑΠΔ, η διάταξη περί φοροαπαλλαγής για αγορά πρώτης κατοικίας των ομογενών από την Αλβανία, αλλά όχι των λοιπών αλβανών πολιτών που διαμένουν νομίμως στη χώρα χωρίς να διαθέτουν ελληνική εθνική καταγωγή.

49 Βλ. ενδεικτικά Κ. Χρυσόγονου, *ό.π.* (υποσ. 12), σ. 130.

50 Βλ. π.χ. ΑΠ 1361/1993, *ΕΕργΔ* 1995, 732.

51 Βλ. ΑΠ 2059/1990, *ΕΕργΔ* 1992, 798.

5. Η ιθαγένεια ως υποκατάστατο (proxy) άλλων λόγων

Η επίκληση της αρχής της ίσης μεταχείρισης έχει σημαντικά πλεονεκτήματα, ταυτόχρονα όμως, φαίνεται αφενός να επιτρέπει στις περισσότερες περιπτώσεις, ακόμη και υπό τη νομολογία του ΕΔΔΑ, ευρύ περιθώριο εκτίμησης στον εθνικό νομοθέτη, αφετέρου να έχει μικρή αξία όσον αφορά τις σχέσεις μεταξύ ιδιωτών. Τα μειονεκτήματα αυτά καλύπτονται όταν η ιθαγένεια είτε ορίζεται ρητώς ως ύποπτος λόγος διάκρισης είτε υποκρύπτει διακρίσεις βάσει άλλων κριτηρίων που συγκαταλέγονται στα ύποπτα, όπως η φυλή, η εθνική καταγωγή ή η θρησκεία.

Το γιατί είναι προτιμότερο να επιλέγει κανείς τη δεύτερη στρατηγική, όταν αυτό είναι εφικτό, καθίσταται σαφές αν αναλογιστούμε ότι το ΕΔΔΑ έχει ήδη κρίνει, στην απόφαση *Timishev*,⁵² ότι «καμία διαφοροποιημένη μεταχείριση που στηρίζεται αποκλειστικά ή σε αποφασιστικό βαθμό στην εθνοτική καταγωγή ενός προσώπου δεν μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά σε μια σύγχρονη δημοκρατική κοινωνία θεμελιωμένη στις αρχές του πλουραλισμού και του σεβασμού για τις διαφορετικές κουλτούρες». Αυτό ανεβάζει σημαντικά τον πήχη της προστασίας σε σχέση με την απλή εκδοχή της τυπικής ίσης μεταχείρισης.

Το πότε φυσικά η ιθαγένεια χρησιμοποιείται προκειμένου να υποκρύψει διακρίσεις λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής ή λόγω θρησκείας ή διακρίσεις υπέρ της κυρίαρχης εθνοτικής ομάδας ή θρησκείας είναι πραγματικό ζήτημα που πρέπει να εξετάζεται κατά περίπτωση, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των δεδομένων κάθε υπόθεσης.

5.1. Νομική Βάση

Η ιθαγένεια σπανίως αναφέρεται ρητώς ως απαγορευμένος λόγος διάκρισης σε εθνικά συντάγματα⁵³ ή πολυμερείς συμβάσεις ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Αντιθέτως, συχνά εισάγεται σε κανονιστικά κείμενα προστασίας ανθρωπίνων δικαιωμάτων, με ρητή διάταξη, εξαίρεση της διαφορετικής μεταχείρισης των αλλοδαπών από το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων απαγόρευσης διακρίσεων. Χαρακτηριστικά παραδείγματα εδώ η Σύμβαση για την Εξάλειψη των Φυλετικών Διακρίσεων (CERD), στο άρθρο 1 παρ. 2 της οποίας ρητώς αναφέρεται ότι οι διατάξεις της δεν επηρεάζουν τυχόν διακρίσεις μεταξύ πολιτών και αλλοδαπών, όπως και οι οδηγίες 2000/43 και 2000/78, που έχουν ανάλογη διάταξη.

Πρέπει, ωστόσο, να επισημανθούν δύο σημεία: πρώτον, η εξαίρεση αυτή ουδόλως σπ-

⁵² ΕΔΔΑ, *Timishev v. Russia*, αρ. προσφ. 55762/00 και 55974/00, απόφαση της 13^{ης} Δεκεμβρίου 2005, παρ. 58.

⁵³ Ως εξαίρεση μπορεί να χαρακτηριστεί το Ισπανικό Σύνταγμα (αρ. 13) που ρητώς εγγυάται τις «δημόσιες ελευθερίες» των αλλοδαπών, υπό την επιφύλαξη, όμως, του νόμου.

μαίνει ότι κάθε διάκριση λόγω ιθαγένειας είναι επιτρεπτή βάσει των ως άνω κειμένων.⁵⁴ Δεύτερον, η χρήση του κριτηρίου της ιθαγένειας μπορεί, υπό προϋποθέσεις, να υπάγεται στην έννοια της διάκρισης λόγω φυλής ή εθνικής καταγωγής και, τελικώς, να περιλαμβάνεται στο πεδίο εφαρμογής των εν λόγω κειμένων περί απαγόρευσης διακρίσεων.

Το δεύτερο αυτό σημείο έχει πλέον γίνει διεθνώς αποδεκτό. Έτσι, η *ξеноφοβία* έχει ενταχθεί, κοινωνιολογικά και νομικά, ως έννοια στον ευρύτερο όρο «*ρατσισμός*». Η Διακήρυξη του Durban του 2001 αναγνώρισε ότι η *ξеноφοβία* έναντι των μεταναστών και προσφύγων, συνιστά μια από τις βασικές πηγές σύγχρονου ρατσισμού.⁵⁵ Αντίστοιχα, στο ευρωπαϊκό πλαίσιο, η Γενική Σύσταση Νο 7 της Ευρωπαϊκής Επιτροπής ενάντια στον Ρατσισμό και τη Μισαλλοδοξία (ECRI) εισάγει ευθέως την ιθαγένεια στην ομάδα των χαρακτηριστικών, η χρήση των οποίων συνιστά διάκριση λόγω φυλής.

Στην καθημερινή πρακτική είναι γνωστό ότι οι διακρίσεις με κριτήριο την ιθαγένεια συχνά υποκρύπτουν είτε διάκριση σε βάρος συγκεκριμένων φυλών, εθνικοτήτων ή θρησκευτικών ομάδων⁵⁶ είτε διάκριση υπέρ της κυρίαρχης κάθε φορά εθνικής ή φυλετικής ομάδας, ιδίως εφόσον μιλάμε για κράτη με σχετική (υπαρκτή ή φαντασιακή) εθνική ομοιογένεια. Αυτό είναι, ίσως, ακόμη πιο εμφανές όταν γίνεται διαφοροποίηση μεταξύ αλλοδαπών διαφορετικής ιθαγένειας. Ένα ζήτημα που συνήθως τίθεται στο πλαίσιο αυτό είναι το αν η χρήση του κριτηρίου της ιθαγένειας πρέπει να χαρακτηριστεί ως «συγκαλυμμένη άμεση διάκριση» (*covert direct discrimination*) ή «έμμεση διάκριση» (*indirect discrimination*) με βάση τους ορισμούς της άμεσης και της έμμεσης διάκρισης που δίδονται στην οδηγία περί φυλετικής ισότητας (2000/43). Στον βαθμό, πάντως, που δεν δεχόμαστε στην Ευρώπη ότι υπάρχει ανάγκη εντοπισμού σκοπού διάκρισης, προκειμένου να εφαρμοστούν οι διατάξεις είτε περί άμεσης είτε περί έμμεσης διάκρισης,⁵⁷ η σημασία της διαφοροποίη-

54 Βλ. π.χ. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General Recommendation 30, Discrimination against non-citizens* (CERD/C/64/Misc.11/rev.3), 64th session, 23.2-12.3.2004, ιδίως σκ. 2 και 4.

55 U.N. World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance, *Declaration*, Durban, South Africa, 2001, παρ. 16.

56 Η θέση αυτή γίνεται πλέον δεκτή και από εθνικούς φορείς προώθησης της ίσης μεταχείρισης. Βλ. π.χ. τη γερμανική Federal Anti-Discrimination Agency, *Guide to the General Equal Treatment Act: explanations and examples*, Berlin, 2010, σ. 16, όπου αναφέρεται ότι η ιθαγένεια δεν περιλαμβάνεται μεν στα προστατευόμενα από τον νόμο χαρακτηριστικά, συχνά, ωστόσο, περιπτώσεις διακρίσεων που εκ πρώτης όψεως αφορούν την ιθαγένεια των προσώπων συνιστούν στην πραγματικότητα (έμμεσες) διακρίσεις λόγω εθνοτικής καταγωγής.

57 Στο πλαίσιο της **ενωσιακής έννομης τάξης**, το ΔΕΚ είχε από νωρίς αποκλείσει τη σύνδεση της διαπίστωσης άμεσης ή έμμεσης διάκρισης με την απόδειξη πρόθεσης δυσμενούς διάκρισης, βλ. σχετικά Ε. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, 2005, σ. 103-106. Πιο πρόσφατα βλ. ΔΕΕ (μειζ. συνθ.) C-83/14, απόφαση της 16^{ης} Ιουλίου 2015, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, σκ. 97, όπου κρίθηκε ότι αντίκειται στην ενωσιακή έννοια της έμμεσης διάκρισης «*διάταξη του εθνικού δικαίου η οποία συναρτά*

σης έχει κυρίως να κάνει με την έκταση των λόγων που δικαιολογούν τη διαφοροποίηση στη μεταχείριση.⁵⁸

5.2. Εφαρμογή στα κρίσιμα πεδία

5.2.1. Είσοδος, διαμονή, πρόσβαση σε εργασία

Είναι σαφές ότι ένας γενικός περιορισμός στην είσοδο και διαμονή αλλοδαπών δεν μπορεί να χαρακτηριστεί ως διάκριση λόγω φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής, στον βαθμό που πρόκειται για κυριαρχική εξουσία του κράτους. Στην πράξη, ζητήματα διακρίσεων προκύπτουν όταν η μεταναστευτική πολιτική ενός κράτους αναφέρεται άμεσα ή έμμεσα στη φυλή, την εθνική καταγωγή ή τη θρησκεία των πολιτών τρίτων χωρών που αφορά.

Το εκτελεστικό διάταγμα του Προέδρου Trump, στο οποίο αναφερθήκαμε ανωτέρω, είναι ένα τέτοιο παράδειγμα: η επιλογή επτά χωρών με κατά πλειοψηφία μουσουλμανικό πληθυσμό· οι προηγούμενες δηλώσεις του προέδρου, όταν ακόμη ήταν υποψήφιος, ότι θα επιβάλει καθολική απαγόρευση στην είσοδο των μουσουλμάνων· οι μεταγενέστερες δηλώσεις ενός τουλάχιστον συμβούλου του ότι «*ψάχνουν τρόπο να κάνουν την απαγόρευση αυτή νόμιμη*»· και η ρητή προτροπή στην υπηρεσία μετανάστευσης να επιτρέψει κατά προτεραιότητα την είσοδο στην επικράτεια, μετά τη λήξη της περιόδου αναστολής εισόδου, προσώπων από θρησκευτικές μειονότητες των χωρών αυτών (δηλαδή μη μουσουλμάνους) δημιουργούν μια σαφή υπόνοια ότι κάτω από τη χρήση της ιθαγένειας υποκρύπτεται διάκριση λόγω θρησκευτικής/εθνικής καταγωγής.⁵⁹

την ύπαρξη έμμεσης διακρίσεως προς την απαίτηση το επίμαχο μέτρο να ελήφθη για λόγους φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής». Τέλος, το *ΕΔΔΑ D.H. et.al. v. Czech Republic*, αρ. προσφ. 57325/00, απόφαση της 13^{ης} Νοεμβρίου 2007, έκρινε ότι «*μία διαφοροποίηση στη μεταχείριση ... μπορεί να αποτελεί “έμμεση διάκριση”, η οποία δεν απαιτεί αναγκαίως πρόθεση διάκρισης*».

58 Αυτό συνάγεται, άλλωστε, από τους ορισμούς της άμεσης και έμμεσης διάκρισης που περιλαμβάνονται στις οδηγίες, οι οποίοι δεν κάνουν καμία αναφορά σε σκοπό διάκρισης, αλλά διαφοροποιούν τη δυνατότητα δικαιολόγησης: «*συντρέχει άμεση διάκριση όταν, για λόγους ..., σε ένα πρόσωπο επιφυλάσσεται μεταχείριση λιγότερο ευνοϊκή από αυτήν της οποίας τυγχάνει, έτυχε ή θα ετύγχανε ένα άλλο πρόσωπο, σε ανάλογη κατάσταση*», ενώ «*συντρέχει έμμεση διάκριση όταν μια εκ πρώτης όψεως ουδέτερη διάταξη, κριτήριο ή πρακτική μπορεί να θέσει πρόσωπα ... σε μειονεκτική θέση συγκριτικά με άλλα πρόσωπα, εκτός εάν η διάταξη, το κριτήριο ή η πρακτική αυτή δικαιολογείται αντικειμενικά από ένα θεμιτό σκοπό και τα μέσα επίτευξης αυτού του σκοπού είναι πρόσφορα και αναγκαία*»

59 Η υπόθεση έχει προς το παρόν εκδικαστεί, από διάφορα αμερικανικά δικαστήρια, σε επίπεδο αιτήσεων αναστολής εκτέλεσης και ανάκλησης διαταγής αναστολής εκτέλεσης κατόπιν αιτήσεων είτε θιγόμενων προσώπων είτε πολιτειών. Η δικαστής Ann Donnelly, που εξέδωσε την πρώτη Order for Stay of Removal [17 Civ. 480 (AMD) της 28^{ης} Ιανουαρίου 2017] για ορισμένους υπό απέλαση αλλοδαπούς που κρατούνταν στο αεροδρόμιο της Νέας Υόρκης, αναφέρει συνοπτικά στο αιτιολογικό της ότι πιθανολογείτο σοβαρά η ευδοκίμηση των λόγων που αφορούσαν την παραβίαση δικαιωμάτων βάσει τόσο της Due Process Clause όσο

Ένα δεύτερο παράδειγμα, όπου η ιθαγένεια συμπλέκεται με τη φυλή ως ύποπτο λόγο διάκρισης, είναι η απόφαση *Rosalind Williams* της Επιτροπής Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων του ΟΗΕ.⁶⁰ Η κα Williams, η οποία είχε πολιτογραφηθεί Ισπανίδα, ήταν αфро-αμερικανικής καταγωγής. Ενώ περίμενε με τον (λευκό) σύζυγό της σε έναν πολυσύχναστο σταθμό τρένου της Μαδρίτης, την πλησίασε ένας αστυνομικός και της ζήτησε (μόνο από αυτή – όχι από τον σύζυγό της ή οποιονδήποτε άλλο λευκό στην αποβάθρα του σταθμού) να του δείξει τα νομιμοποιητικά της έγγραφα. Όταν η κα Williams του επισήμανε ότι είναι η μόνη που υφίσταται έλεγχο στοιχείων, ο αστυνομικός είπε ότι ήταν υποχρεωμένος να ελέγχει ανθρώπους «που της μοιάζουν», διότι πολλοί από αυτούς ήταν παράτυποι μετανάστες. Η χρήση του χρώματος του δέρματος ως στοιχείου ενδεικτικού της αλλοδαπότητας, συνιστά κατά την Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων διάκριση λόγω φυλής, υπό την ειδικότερη εκδοχή του φυλετικού profiling.⁶¹ Ο έλεγχος της μετανάστευσης με κριτήριο τη φυλή ή την εθνική καταγωγή, πράγμα που, όπως γνωρίζουμε, δεν είναι άγνωστο και σε πολλές άλλες ευρωπαϊκές χώρες, δεν μπορεί να θεωρηθεί ανεκτός από την άποψη της απαγόρευσης διακρίσεων.

5.2.2. Παροχικά δικαιώματα ή φορολογική μεταχείριση

Δεδομένου ότι, όπως είδαμε, η ύπαρξη διαφοροποιήσεων βάσει ιθαγένειας κατά την πρόσβαση σε προνοιακές ή κοινωνικοασφαλιστικές εισφορές ελέγχεται ήδη αυστηρά με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης (κατά τη νομολογία τουλάχιστον του Ε.Δ.Δ.Α.), η

και της Equal Protection Clause του Συντάγματος. Αναλυτικότερα, αντιμετώπισε το ζήτημα το Ομοσπονδιακό Εφετείο της Ένατης Περιφέρειας εξετάζοντας, κατ' έφεση, αίτηση ανάκλησης της Temporary Restraining Order (TRO) που είχε εκδώσει το περιφερειακό δικαστήριο της περιφέρειας δυτικής Washington (case No. C17-0141JLR). Με την απόφασή του το Εφετείο έκρινε ότι η κυβέρνηση, που έφερε εν προκειμένω το βάρος απόδειξης, δεν είχε παρουσιάσει αρκετά ισχυρά στοιχεία, ώστε να πιθανολογηθεί σοβαρά η επιτυχία της έφεσής της ως προς το ζήτημα των διακρίσεων λόγω θρησκείας (D.C. No.2:17-cv-00141, *State of Washington v. Trump*, της 9^{ης} Φεβρουαρίου 2017, σ. 24-26).

Ευθεία σύνδεση μεταξύ ιθαγένειας και θρησκείας έκανε, όμως, και το U.S. District Court, District of Hawaii, (*State of Hawaii, et al. v. Trump, et al.*, CV 17-00050 DKW-KSC) που εξέδωσε TRO επί του τροποποιημένου εκτελεστικού διατάγματος 13780. Κατά τη διατύπωση του Δικαστηρίου, μολονότι «είναι αναμφίβολο ότι το Εκτελεστικό Διάταγμα δεν διακρίνει, εκ πρώτης όψεως, υπέρ ή κατά κάποιας θρησκείας...» «ένας λογικός, αντικειμενικός παρατηρητής – υπό το φως του συγκεκριμένου ιστορικού πλαισίου αναφοράς, των παράλληλων πολιτικών δηλώσεων και της συγκεκριμένης αλληλουχίας γεγονότων που οδήγησαν στην έκδοσή του – θα κατέληγε ότι το Εκτελεστικό Διάταγμα εκδόθηκε με σκοπό να μεταχειριστεί δυσμενώς μια συγκεκριμένη θρησκεία» (σελ. 30 και 28).

60 Επιτροπή Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων Ο.Η.Ε., Ενενηκοστή έκτη σύνοδος, 13 - 31 Ιουλίου 2009, *Rosalind Williams Lecraft v. Spain*, υπόθεση CCPR/C/96/D/1493/2006.

61 Αναλυτικότερα για την έννοια του φυλετικού ή εθνοτικού profiling βλ. Σ. Κοφίνης, *ό.π.* (υποσ. 20), σ. 233 επ.

ανάγκη καταφυγής στη δεύτερη προσέγγιση (που οπωσδήποτε έχει αυξημένες δυσκολίες τεκμηρίωσης) είναι περιορισμένη.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει, ωστόσο, εδώ η υπόθεση Ζεϊμπέκ κατά Ελλάδας που κρίθηκε από το Δικαστήριο του Στρασβούργου το 2009.⁶² Η αιτούσα ήταν ελληνίδα πολίτης, μέλος της μειονότητας της Θράκης, της οποίας η ιθαγένεια, όπως και η ιθαγένεια όλων των μελών της οικογένειάς της, είχε αφαιρεθεί βάσει του διαβόητου άρθρου 19 του Κώδικα Ελληνικής Ιθαγένειας. Εν συνεχεία, αποκαταστάθηκε η ιθαγένεια της ίδιας και των τριών από τα τέσσερα παιδιά της, με αποτέλεσμα να κριθεί ότι δεν δικαιούται το πολυτεκνικό επίδομα, αφού προϋπόθεση ήταν κατά τον κρίσιμο χρόνο η ελληνική ιθαγένεια όλων των τέκνων. Το Συμβούλιο της Επικρατείας, στο οποίο προσέφυγε η ενδιαφερόμενη, έκρινε ότι η συγκεκριμένη διαφοροποίηση στη μεταχείριση ήταν συνταγματικώς ανεκτή, λαμβάνοντας ιδίως υπόψη ότι σκοπός χορήγησης των πολυτεκνικών επιδομάτων, βάσει της διάταξης του άρθρου 21 παρ. 1 του Συντάγματος, ήταν η συντήρηση και προαγωγή του ελληνικού έθνους.⁶³ Το ΕΔΔΑ αποδοκίμασε έντονα αυτή την αναφορά θεωρώντας ότι η κα Ζεϊμπέκ υπέστη διάκριση λόγω εθνικής καταγωγής.⁶⁴ Εδώ έχουμε στην πραγματικότητα μία περίπτωση διάκρισης υπέρ της κυρίαρχης εθνικής ομάδας.

5.2.3. Σχέσεις μεταξύ ιδιωτών

Οι οδηγίες 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ που καλύπτουν, ανάλογα με τον κρίσιμο κάθε φορά λόγο διάκρισης, ένα ευρύ πεδίο σχέσεων μεταξύ ιδιωτών (εργασία, προμήθεια αγαθών και παροχή υπηρεσιών, εκπαίδευση, συμμετοχή σε συνδικαλιστικές οργανώσεις) αποτελούν οπωσδήποτε ένα σημαντικό νομικό εργαλείο για την αντιμετώπιση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας που υποκρύπτουν διακρίσεις λόγω φυλετικής ή εθνικής καταγωγής ή θρησκείας. Στη σημερινή Ευρώπη της όξυνσης των αντιμεταναστευτικών αισθημάτων αυτό είναι πιθανώς το σπουδαιότερο όπλο στα χέρια των νομικών για την αντιμετώπιση του ρατσισμού, όπως εκδηλώνεται στην πράξη. Οι συνήθειες στην καθημερινή πρακτική περιπτώσεις της άρνησης εκμίσθωσης στέγης ή πρόσληψης πολιτών τρίτων χωρών – προσφύγων ή μεταναστών – μπορεί, λοιπόν, να θεωρηθεί ότι εμπίπτουν στο προστατευτικό πεδίο της οδηγίας 2000/43.

62 ΕΔΔΑ Ζεϊμπέκ κ. Ελλάδας, αρ. προσφ. 46368/06, απόφαση της 9^{ης} Ιουλίου 2009.

63 ΣτΕ 1489/2006, ΕΔΔΔ 2008, 498 (περίλ.).

64 *Ibid.*, παρ. 50: «το Δικαστήριο εκπλήσσεται που το Συμβούλιο της Επικρατείας στην απόφασή του για την περίπτωση της προσφεύγουσας συνδέει την χορήγηση της προστασίας αυτής που προβλέπεται από το Σύνταγμα στην “ανάγκη για την διατήρηση και την προαγωγή του ελληνικού έθνους”, ένα κριτήριο που βασίζεται όχι στην ελληνική υπηκοότητα, αλλά στην εθνική καταγωγή».

Έτσι, άλλωστε, έκρινε το ΔΕΕ στην υπόθεση *Firma Feryn*. Στην περίπτωση εκείνη ο ιδιοκτήτης της εταιρίας *Firma Feryn* που εγκαθιστούσε πόρτες σε σπίτια ιδιωτών δήλωσε δημόσια ότι, εφόσον οι πελάτες του φοβούνται την εγκληματικότητα και για τον λόγο αυτό δεν θέλουν να μπαίνουν μετανάστες στα σπίτια τους, ο ίδιος δεν πρόκειται να προσλάβει μετανάστες. Σε προηγούμενο χρονικό σημείο είχε επίσης δηλώσει ότι μόνο Μαροκινοί είχαν εμφανιστεί για πρόσληψη σε μια αγγελία του, αλλά δεν είχε σκοπό να προσλάβει κανέναν τους. Το Δικαστήριο στην απόφαση εκείνη δέχθηκε ότι η δεδηλωμένη άρνηση εργοδότη να προσλάβει μετανάστες συνιστά οπωσδήποτε διάκριση λόγω φυλετικής ή εθνικής καταγωγής.

Σημαντικό εδώ να προσέξουμε ότι ο όρος μετανάστης στην πραγματικότητα ενσωματώνει δύο διαφορετικές έννοιες: την *αλλοδαπότητα* ως ιθαγένεια, δηλαδή ως νομικό δεσμό με ένα άλλο κράτος, και τη *διαφορετικότητα* ως προς την εθνική ή φυλετική καταγωγή.

6. Συμπέρασμα

Η ιθαγένεια αποτελεί εκ των πραγμάτων ένα από τα βασικά κριτήρια για τη νομική ταξινόμηση των προσώπων. Αυτό, όμως, δεν σημαίνει ότι κάθε τέτοια κατηγοριοποίηση είναι άνευ ετέρου αποδεκτή.

Και στα τρία πεδία εννόμων σχέσεων στα οποία επικεντρωθήκαμε, είδαμε ότι οι διαφοροποιήσεις στη μεταχείριση με κριτήριο την ιθαγένεια μπορεί να κριθούν αντίθετες στις θεμελιώδεις διατάξεις περί ίσης μεταχείρισης και απαγόρευσης διακρίσεων. Ιδίως η αντιμετώπιση των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας ως διακρίσεων λόγω φυλετικής ή εθνικής καταγωγής ή θρησκείας συνιστά στην τρέχουσα συγκυρία της αύξησης του ξενοφοβικού, αντιμεταναστευτικού ρεύματος στην Ευρώπη μια ιδιαιτέρως αποτελεσματική εναλλακτική για την προάσπιση των δικαιωμάτων των πολιτών τρίτων χωρών.

Σε αυτό το πλαίσιο, διαφοροποιήσεις ιδίως μεταξύ πολιτών τρίτων χωρών προερχόμενων από διαφορετικές χώρες ή περιοχές⁶⁵ ή διαφοροποιήσεις που κατατείνουν στην προστασία της κυρίαρχης εθνικής ομάδας εντός του κράτους ή αποκλεισμοί που αφορούν συνολικά τους αλλοδαπούς θα πρέπει καταρχάς να υπόκεινται σε αυστηρό έλεγχο,

65 Ενδιαφέρουσα εδώ η θέση που έχει διατυπωθεί στη νομολογία ότι, προκειμένου περί απόρριψης πολιτογράφησης αλλοδαπού, η αιτιολογία της απορριπτικής πράξης «δεν επιβάλλεται να αναφέρεται σε λόγους αναγόμενους στο πρόσωπο του ενδιαφερόμενου, δυνάμενη να ανάγεται σε λόγους που αφορούν ευρύτερη κατηγορία προσώπων στην οποία ανήκει ο ενδιαφερόμενος, συνδεόμενους με άσκηση ορισμένης Πολιτικής» (μειοψ. στην Ολ. ΣτΕ 2279/1990, Αρμ 1990, 1141). Η άποψη αυτή φαίνεται να αποδέχεται τη δυνατότητα κατηγοριοποίησης των αλλοδαπών που αιτούνται πολιτογράφηση βάσει της χώρας ή της περιοχής καταγωγής τους, με αποτέλεσμα να δύναται η Διοίκηση ή ο νομοθέτης να αποκλείσει εκ προοιμίου συγκεκριμένες τέτοιες κατηγορίες από την κτήση της ελληνικής ιθαγένειας.

δηλαδή να απαιτείται η ύπαρξη ιδιαιτέρως σοβαρών λόγων που να δικαιολογούν την εν λόγω νομοθετική ή διοικητική πρακτική.

Δεύτερο Μέρος

Εργατικό και εν γένει Ιδιωτικό Δίκαιο

Reasonable Accommodation for Persons with Disabilities: Part of the Right to Equality and Non-Discrimination

*Lisa Waddington*¹

1. Setting the Scene

The right to equality and non-discrimination is reflected in international human rights law, and requires that all persons be treated equally before the law, without discrimination. International law prohibits discrimination on a wide variety of grounds but, in the context of disability, the most important human rights instrument is the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (henceforth: CRPD).

Article 2 CRPD defines discrimination on the basis of disability as: “*any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation*”.

Human rights law prohibits that distinctions, exclusions or restrictions be made on certain protected grounds. These grounds are regarded as not relevant for the purpose of making distinctions. This may sound like duty bearers simply have to treat everyone

¹ This paper is based on the speech Professor Waddington made on 3 March 2017 at the conference “Applying non-discrimination law”, organized by the Aristotle University of Thessaloniki and the Hellenic League for Human Rights. It is not a fully referenced peer reviewed paper.

in the same way, and refrain from certain negative treatment. In many cases that will be sufficient. In such instances the same treatment of all persons irrespective of their personal characteristics is sufficient to ensure no discrimination.

However, equality and non-discrimination does not only involve refraining from certain negative treatment – the duty also involves different treatment or the taking of positive measures in certain circumstances. In some instances a duty to treat differently results from the obligation not to discriminate indirectly. This is not explored further in this presentation. Another example where not discriminating requires different treatment or positive measures is the duty to provide reasonable accommodation in favour of persons with disabilities. This is the topic of this presentation.

An unjustified denial of reasonable accommodation is a form of discrimination under the CRPD. Reasonable accommodation is therefore an obligation under international human rights law. The CRPD has been ratified by the Greek Parliament through Law 4074/2012 on 11 April 2012. An unjustified denial of a reasonable accommodation is also prohibited under the EU Employment Equality Directive (2000/78) and Law 4443/2016 in Greece which transposes the EU Directive.

The following definitions of reasonable accommodation exist: Reasonable accommodation means making “*necessary and appropriate modification and adjustments not imposing a disproportionate or undue burden, where needed in a particular case, to ensure to persons with disabilities the enjoyment or exercise on an equal basis with others of all human rights and fundamental freedoms*” (Art. 2 CRPD).

In order to guarantee compliance with the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities, reasonable accommodation shall be provided. This means that employers shall take appropriate measures, where needed in a particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to provide training for such a person, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. When this burden is, to a sufficient extent, remedied by existing measures as an element of disability policy in the Member State, it should not be considered disproportionate. (Art. 5 Employment Equality Directive).

2. The notion of reasonable accommodation – background and scope

The duty to make a reasonable accommodation builds on the understanding that only applying a formal approach to non-discrimination will do little to help many people with disabilities. A formal approach to non-discrimination only requires that people with disabilities are treated in the same way as people without disabilities – but such

an approach fails to recognize that people with disabilities will not always be in the same position as people without disabilities. Requiring an employer to, for example, not explicitly exclude a person with a disability from working at their premises is not going to help a person who uses a wheelchair if they are faced with a flight of stairs when they try to enter the premises, with no lift or other way to enter the building.

The interaction between an individual's impairment and the physical or social environment can sometimes result in the inability to perform a particular function or activity in the conventional manner. The impairment is therefore relevant in that it can lead to an individual being faced with a barrier that prevents him or her from benefiting from an opportunity that is open to others who do not share that impairment. The resulting disadvantage is exclusion, or a restricted set of opportunities.

Non-discrimination law is traditionally underpinned by the idea that the protected characteristic, such as race or gender, is rarely relevant to a decision, such as an employment decision, and only in exceptional circumstances, such as the genuine occupational qualification situation, allows for unequal treatment. The protected characteristic should therefore be ignored – the race or gender of a job applicant should play no part, positive or negative, in the decision whether to award the individual the job or not. This is in fact the general position of international human rights law and EU equality law. However, as noted above, ignoring, by failing to accommodate, the characteristic of impairment can result in denying a person with a disability equal opportunities.

Therefore, on some occasions the personal characteristics of a person with a disability are relevant – specifically the limitations arising from their impairment are relevant. The notion of reasonable accommodation was developed to address this situation. It requires duty bearer to take account of the characteristics related to disability – specifically the limitations arising from an impairment, and to accommodate them by, for example changing the job tasks or the physical environment of the workplace in the context of employment.

This obligation to accommodate is not unlimited – and is subject to the requirement that the accommodation does not result in a disproportionate or undue burden. The obligation is also individualized. It requires a tailored accommodation to meet the needs of a particular person, and the duty is triggered when a particular person with a disability indicates that they require a change. The reasonable accommodation duty is therefore not a general duty to provide accessibility or accommodation in advance of a request.

Under EU law the reasonable accommodation duty is confined to employment. However, under the CRPD the reasonable accommodation obligation covers all human rights and fundamental freedoms. This covers a very broad field including education;

health care; political participation; accessible environment; access to justice; personal mobility; freedom of expression; family life; cultural life, recreation and sport etc. It is a very wide ranging duty.

Under the CRPD States Parties are under an obligation to respect the reasonable accommodation duty in their own actions and to pass on such a duty to private parties. As a result the duty should be passed on to employers; schools and universities; police; courts; public authorities; social services; transport providers; sellers of goods; designers of the built environment; designers of goods and services and many other private parties.

3. Courts Applying the Reasonable Accommodation Duty – Real Life Examples from Case Law

In spite of the fact that Law 4443/2016, and its predecessor Law 3304/2005, provide for a reasonable accommodation duty with regard to employment and the CRPD has been ratified by the Greek Parliament, there is no clear case law on reasonable accommodation decided by a Greek Court that I could identify for the purposes of this presentation. Therefore, in this discussion of case law, the examples are drawn from elsewhere: the CRPD Committee (cases decided under Optional Protocol), the Court of Justice of the European Union (CJEU), and domestic case law from other European States.

3.1 CRPD Committee

3.1.1 Communication No. 3/2011, HM v Sweden

This case concerned a severely disabled woman who wished to build a hydrotherapy pool on her own land next to her house. She needed to use such a pool to treat her severe physical impairment. She was unable to travel even a short distance, so could not use a pool elsewhere and her condition would become even more debilitating without access to the pool. She applied to the local authority for permission to build the pool next to her house. The local authority refused to grant such permission as it went against the development plan, i.e. regulations for the use of land in the area. The case went to court in Sweden, and ultimately the Administrative Court of Appeal upheld the local authority's decision.

Before the CRPD Committee HM claimed that she was the victim of disability discrimination. She had no opportunity to receive rehabilitation other than through building a hydrotherapy pool next to her house, and the consequences of not receiving this treatment would be very serious for her health. The local authority should have given greater weight to her need for the pool than to the regulations on land use.

In response Sweden claimed there was no discrimination and that HM was being treated in the same way as everyone else. Sweden argued that “[t]he relevant Act ... is applied in the same way to all, whether they have disabilities or not. ... The rejection of the application for a building permit in this case is in no way due to the author’s disability, but rather consistent with practice that applies equally to all”.

Sweden’s argument was that there was no discrimination because HM was being treated equally to anyone else who wanted to build on land where this was prohibited under the regulation. For such people, permission would also not be granted. In essence Sweden’s argument came down to HM was receiving the same treatment as anyone else and therefore she was being treated equally.

In reaching its decision the CRPD Committee observed that “a law which is applied in a neutral manner may have a discriminatory effect when the particular circumstances of the individuals to whom it is applied are not taken into account”. The Committee found that access to the pool was essential and the only effective way of meeting HR’s health needs. It referred to the definition of reasonable accommodation in Art. 2 CRPD and said “appropriate modification and adjustments would thus require a departure from the development plan, in order to allow the building of a hydrotherapy pool”. The development plan did in fact allow for exceptions when necessary in a particular case and there was no evidence that granting permission would amount to a disproportionate or undue burden.

The Committee found that the State Party had failed to consider the specific circumstances of HR’s situation when rejecting the application for a building permit and that the failure to grant permission was disproportionate and resulted in disability discrimination. Instead the State Party should have made a reasonable accommodation to meet the needs of a person with a disability. In this case the reasonable accommodation involved diverging from the development plan and allowing permission to build the hydrotherapy pool to allow person with disability to receive essential rehabilitation / medical treatment which was not available elsewhere. It is worth noting that this accommodation would have cost no money, and simply involved a flexible and sensitive approach and granting of planning permission.

3.1.2 Communication No. 8/2012, X v Argentina

This was a complex case in which a prisoner with a disability argued, amongst others, that the State had failed to provide reasonable accommodation – by adapting the cell and the prison environment – and that his health had suffered as a result. The prison had made some accommodations to meet the needs of the prisoner, but the Committee found that these were inadequate. The accommodations did not allow the prisoner

independent access to the bathroom and shower, recreation yard and nursing service. The CRPD Committee held that Argentina was under an obligation to:

Adopt measures and provide sufficient reasonable accommodation upon request to ensure prisoners with disabilities can live independently and participate fully in all aspects of life in their place of detention, and can enjoy access, on an equal basis with other prisoners, to the facilities of their place of detention and the services offered there; and

- Ensure that as a consequence of a lack of accessibility or reasonable accommodation, the conditions of detention in which persons with disabilities are held do not become more onerous or cause greater physical and psychological suffering of an extent that would constitute cruel, inhuman or degrading treatment or that would undermine their physical and mental integrity.

It is worth noting that the Committee stated that the duty to make a reasonable accommodation applies “upon request”, meaning that it is a reactive duty to meet the needs of an individual with a disability. The Committee also required that prisoners with disabilities must have the same opportunities as other prisoners. Therefore the goal was to ensure equality.

The European Court of Human Rights (ECtHR) has handed down similar rulings, which have required de facto reasonable accommodations for prisoners with disabilities under Article 3 ECHR (on the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment or punishment). In these judgments the ECtHR has often referred to the CRPD reasonable accommodations. One can conclude that the reasonable accommodation duty applies to prisons under both the CRPD and the ECHR.

3.1.3 Communication No. 4/2011, *Bujdos v Hungary*

This case concerned legal capacity and the right to vote. The CRPD Committee held that Hungary was under an obligation to enact laws that, amongst other things, provide for adequate assistance and reasonable accommodation in order for persons with disabilities to be able to exercise their political rights. This shows that the reasonable accommodation duty applies to right to vote under CRPD.

3.2 Court of Justice of the European Union: Employment

Joined Cases C-335 and C-337/11, *Ring and Skouboe Werge*

This case concerned two women who had different disabilities and who were both dismissed by their employers after a period of absence / sick leave related to their disability. Both women had wanted to work reduced hours, but their employers had not allowed this. The employers claimed that:

1. The women were not disabled – this presentation does not discuss this element of the case; and

2. Reducing working hours was not a reasonable accommodation.

In that case, the Court of Justice of the European Union (CJEU) drew on the CRPD quite heavily when interpreting EU law, including when interpreting the concept of reasonable accommodation. It found that a reduction in working hours could be an accommodation. The CJEU also found that a dismissal which followed an employer's failure to make a reasonable accommodation was precluded where that absence from work was itself due to a failure by the employer to make a reasonable accommodation. In such cases the Court held 'the absences of a worker with a disability are attributable to the employer's failure to act, not to the worker's disability'.

In short, the CJEU found allowing individuals to work part-time could be a form of reasonable accommodation and that employers could not rely on own failure to make a reasonable accommodation to justify adverse treatment of a person with a disability, such as dismissing such workers.

3.3 National Case Law – Employment

Judgment of the Court of Pistoia, Italy, 2005

This case concerned a woman with a disability who worked as a court officer in Italy. As a result of her (mobility) disability, it was necessary for her to work near to her place of residence. She was initially employed at a court in Monsummano Terme which met these conditions. Her employer then decided to move her to a new workplace in Pistoia further away from her residence, and she appealed against this decision. The Court held that the employer had acted in a discriminatory way by deciding to relocate the employee and was required to continue to employ her in Monsummano Terme. In this case the reasonable accommodation was not reassigning employee to another location, as was usual practice.

3.4 National Case Law – Outside Employment

3.4.1 Education

Judgment of the President of the First Instance Court of Ghent, Belgium 2009

This case involved a challenge to a decision of the Flemish Community to provide 5-9 hours of interpretative assistance at school for some children with hearing impairments. The parents of the children claimed this number of hours was insufficient for their children to follow the required educational courses. The parents brought a case against the schools and the Flemish Community. They claimed that the refusal to grant their

children more assistance hours amounted to a denial of reasonable accommodation and that the correct procedure to grant a reasonable accommodation had not been followed.

The Court held the Flemish Community was liable for failing to provide reasonable accommodation. The Court also found that the manner in which a request for reasonable accommodation is handled may, in itself, amount to a denial of such accommodation. In this case the procedure followed by the Flemish Government in allocating support did not take into account the individual needs of each child. The Court ordered the Flemish Community to cease the denials of reasonable accommodation and to provide the children with assistance hours corresponding to 70 % of their school time.

It is worth noting that this case shows that the procedure followed can also be important. There is a need to follow an individualized approach / assessment, which did not happen in this case. The costs of the accommodation were potentially quite significant in this case.

3.4.2 Social Security

Administrative District Court, 201, Latvia

This case concerned a person with a psychosocial disability who applied for a disability pension. He was late in submitting information proving his length of employment and, based on this, the state agency awarded him a standard retirement pension instead of the higher disability pension. The Court held that the reason for the delay in submitting the necessary information was related to the plaintiff's disability, and that he should be granted a reasonable accommodation which allowed him to submit the necessary documentation. If this were not allowed, there would be discrimination on the basis of disability, contrary to the CRPD and the Constitution. The Court explicitly referred to the reasonable accommodation duty under the CRPD in its judgment.

The reasonable accommodation at issue in this case involved adapting procedures and allowing extra time to submit documentation. No costs were involved in making this accommodation. It is also interesting that the Court drew explicitly on CRPD in reaching this finding.

4. Conclusion

In conclusion I have endeavoured to make the following three main points in the presentation:

- The duty to make a reasonable accommodation is part of the duty not to discriminate under human rights law, and not an optional extra or a positive action measure;

- The duty covers employment rights under EU law, but extends to many other fields, e.g. education, services, action of public authorities under the CRPD;
- Many accommodations cost nothing or very little and do not amount to a disproportionate burden, even in a period of austerity. A change of procedure is all that is needed. Flexibility and sensitivity is needed by judges and courts in dealing with such cases.

Οι διακρίσεις σε βάρος εργαζομένων με προβλήματα ψυχικής υγείας

Δημήτρης Γούλας

1. Προβλήματα ψυχικής υγείας: στίγμα και επιπτώσεις

Η ψυχική ασθένεια έχει μακρά ιστορική σύνδεση με αβάσιμους φόβους και προκαταλήψεις. Η επί αιώνες άγνωστη αιτία των νοσημάτων αυτών και η έλλειψη αποτελεσματικής ιατροφαρμακευτικής παρέμβασης προκάλεσε εικασίες και τροφοδότησε μύθους που κατά κανόνα απέδιδαν μεταφυσικό ή θρησκευτικό υπόβαθρο σε ένα αμιγώς βιολογικό φαινόμενο. Αποτέλεσμα αυτής της αντίληψης της ψυχικής νόσου ήταν η απάνθρωπη μεταχείριση των ασθενών, η απομόνωση ακόμα και η θανάτωσή τους. Μολονότι βεβαίως η παθολογία των νοσημάτων αυτών είναι πλέον γνωστή και η ιατροφαρμακευτική αντιμετώπισή τους αρκετά εξελιγμένη, αντανakλάσεις της επί αιώνες κατεστημένης πρόσληψης της «τρέλας» παρατηρούνται ακόμη και σήμερα, τροφοδοτώντας φόβους και προκαταλήψεις. Έτσι λοιπόν ο στιγματισμός των ψυχικώς πασχόντων παραμένει ισχυρός, παρά την πληθώρα ιατρικών και στατιστικών δεδομένων που καταδεικνύουν το αντίθετο, στηριζόμενος κυρίως σε τριών ειδών στερεοτυπικές αντιλήψεις: ότι οι ψυχικά ασθενείς είναι «επικίνδυνοι», ότι είναι «απρόβλεπτοι» και ότι είναι «μη παραγωγικοί».¹

1 Πρβλ. G. James, "An Unquiet Mind in the Workplace: Mental Illness and the Disability Discrimination Act 1995", *LS* 2004, σ. 516-517· M. Bell, "Mental health, law, and creating inclusive workplaces", *CLP* 2016, σ. 8-11· L. Waddington και M. Bell, *The Employment Equality Directive and supporting people with psychosocial disabilities in the workplace - A legal analysis of the situation in the EU Member States*, Brussels, European Commission, 2016, σ. 72 επ.

Το βαρύ στιγματιστικό φορτίο της ψυχικής νόσου αντανακλάται και στα εμφανώς μεγαλύτερα ποσοστά κοινωνικού και επαγγελματικού αποκλεισμού. Μολονότι γενικώς τα ποσοστά απασχόλησης και ανεργίας των ατόμων με αναπηρία είναι σημαντικά δυσμενέστερα σε σχέση με αυτά του γενικού πληθυσμού, ειδικά τα άτομα με ψυχοκοινωνική αναπηρία φαίνεται ότι πλήττονται βαρύτερα από κάθε άλλη υποκατηγορία αναπήρων. Αντιθέτως, όμως, πληθώρα στατιστικών στοιχείων αποδεικνύει μια κοινή παγκόσμια τάση: τα κάθε είδους προβλήματα ψυχικής υγείας πλήττουν όλο και συχνότερα ένα συνεχώς διευρυνόμενο κομμάτι του πληθυσμού, ιδίως δε των εργαζομένων. Υπολογίζεται λοιπόν ότι κάθε χρόνο περίπου ένας στους τέσσερις εργαζόμενους έρχεται αντιμέτωπος με κάποιο πρόβλημα ψυχικής υγείας.² Λόγω όμως αφενός του έντονου κοινωνικού στιγματισμού και αφετέρου του συχνού αισθήματος ντροπής και απόσυρσης που συνοδεύουν τις συγκεκριμένες παθήσεις, οι ασθενείς διστάζουν να αποδεχθούν ή να δημοσιοποιήσουν την κατάστασή τους, στερούμενοι έτσι την αναγκαία ιατροφαρμακευτική βοήθεια και επιτείνοντας το πρόβλημα και τις συνέπειές του. Επίσης τα προβλήματα ψυχικής υγείας αποτελούν μία από τις συχνότερες αιτίες αναρρωτικών αδειών, πλήττοντας έτσι όχι μόνο τις επιχειρήσεις αλλά και τα ασφαλιστικά ταμεία. Τα τελευταία επιβαρύνονται περαιτέρω και από τον αυξανόμενο αριθμό συντάξεων ή επιδομάτων αναπηρίας για τις αιτίες αυτές, λόγω της απόσυρσης των πασχόντων από την απασχόληση. Ειδικά λοιπόν στην περίπτωση της ψυχοκοινωνικής αναπηρίας, η αξιολόγηση και η αντιμετώπιση των συμπεριφορικών και περιβαλλοντικών εμποδίων, πρωτίστως των κοινωνικών προκαταλήψεων και των στερεοτύπων, αποκτά καθοριστική σημασία.³

2. Η δυσμενής διάκριση λόγω προβλημάτων ψυχικής υγείας: Νομικό πλαίσιο και πεδίο εφαρμογής

2.1 Η απαγόρευση των διακρίσεων (ιδίως λόγω αναπηρίας) ως θεμελιώδες ανθρώπινο δικαίωμα

Αποτελεί πλέον κοινό τόπο ότι η απαγόρευση των διακρίσεων βάσει ορισμένων προστατευόμενων χαρακτηριστικών γνωρισμάτων αναγνωρίζεται ως θεμελιώδες ανθρώπινο

2 Εκτενή στατιστικά στοιχεία και περαιτέρω παραπομπές βλ. σε Ξ. Κοντιάδη κ.ά., *Νέες τεχνολογίες στις τράπεζες και επιπτώσεις στην απασχόληση*, Αθήνα, ΙΝΕ ΟΤΟΕ, 2018, σ. 38 επ.· Μ. Bell, «Mental health at work and the duty to make reasonable adjustments», *ILJ* 2015, σ. 196-199· Waddington και Bell, *ό.π.* (υποσ. 1), σ. 43 επ.· S. Sasse, «Burn-out als arbeitsrechtliches Problem», *BB* 2013, 1717· J. Ginal and A. Raif, «Das 'Burn-Out-Syndrom' – Präventions- und Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers», *ArbRAktuell* 2012, σ. 472· C. Oberwetter, «Burn-out – Brauchen wir ein Anti-Stress-Gesetz?», *ZRP* 2015, σ. 204.

3 Bell, *ό.π.* (υποσ. 2) σ. 201.

δικαίωμα. Στο επίπεδο του ελληνικού συνταγματικού κειμένου δεν υπάρχει αυτοτελής διάταξη με γενική ισχύ, δεδομένου ότι τα άρθρα 5 παρ. 3 και 22 παρ. 1 εδ. β' έχουν περιορισμένο πεδίο εφαρμογής. Ωστόσο, η απαγόρευση των διακρίσεων ειδικά λόγω αναπηρίας απορρέει κατά βάση από τα άρθρα 2 παρ. 1 (αρχή της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας) και 4 παρ. 1 (γενική αρχή της ισότητας), σε συνδυασμό με ορισμένες ειδικότερες διατάξεις, όπως αυτές των άρθρων 5 παρ. 1 (ελεύθερη ανάπτυξη της προσωπικότητας), 21 παρ. 3 (δικαίωμα στην υγεία και προστασία της νεότητας, του γήρατος και της αναπηρίας), 21 παρ. 6 (συμμετοχή των ατόμων με αναπηρία στην κοινωνική, οικονομική, επαγγελματική και πολιτική ζωή της χώρας) κ.λπ. Επίσης, η αρχή της μη διάκρισης κατοχυρώνεται και σε διάφορες διεθνείς συμβάσεις, όπως κατεχοχύν στην Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (ΕΣΔΑ, άρθρο 14 σε συνδυασμό με άλλες διατάξεις και πρωτίστως με το άρθρο 8), η οποία κυρώθηκε με το ν.δ. 53/1974, όπως και στο 12^ο Πρόσθετο Πρωτόκολλό της, που δεν έχει κυρωθεί από την Ελλάδα· στο Διεθνές Σύμφωνο για τα Ατομικά και Πολιτικά Δικαιώματα (άρθρο 2 παρ. 1 και άρθρο 26), το οποίο κυρώθηκε με τον ν. 2462/1997· και στον Αναθεωρημένο Ευρωπαϊκό Κοινωνικό Χάρτη (άρθρο Ε και άρθρα 20, 23), ο οποίος κυρώθηκε με τον ν. 4359/2016. Ειδικά για το πεδίο της απασχόλησης και της εργασίας αξιοσημείωτη είναι η Διεθνής Σύμβαση Εργασίας 111 της Διεθνούς Οργάνωσης Εργασίας, η οποία κυρώθηκε με τον ν. 1424/1984, και η ΔΣΕ 159 της ΔΟΕ για την επαγγελματική εκπαίδευση και απασχόληση των ΑΜΕΑ, κυρωθείσα με τον ν. 1556/1985.

2.2 Η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω αναπηρίας στο δίκαιο της Ε.Ε.

Καθοριστικής σημασίας, ωστόσο, για την εμπέδωση της απαγόρευσης των διακρίσεων στην ελληνική έννομη τάξη υπήρξαν οι διατάξεις του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Σύμφωνα με το άρθρο 21 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, «[α]παγορεύεται κάθε διάκριση ιδίως λόγω φύλου, φυλής, χρώματος, εθνοτικής καταγωγής ή κοινωνικής προέλευσης, γενετικών χαρακτηριστικών, γλώσσας, θρησκείας ή πεποιθήσεων, πολιτικών φρονημάτων ή κάθε άλλης γνώμης, ιδιότητας μέλους εθνικής μειονότητας, περιουσίας, γέννησης, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού». Αξιοσημείωτο είναι εξάλλου και το άρθρο 26 του Χάρτη: «Η Ένωση αναγνωρίζει και σέβεται το δικαίωμα των ατόμων με αναπηρίες να επωφελούνται μέτρων που θα τους εξασφαλίζουν την αυτονομία, την κοινωνική και επαγγελματική ένταξη και τη συμμετοχή στον κοινοτικό βίο». Προηγουμένως, το άρθρο 13 ΣΕΚ (νυν 19 ΣΛΕΕ) προέβλεπε την αρμοδιότητα του Συμβουλίου «να αναλάβει κατάλληλη δράση για την καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω φύλου, φυλετικής ή εθνικής καταγωγής, θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού». Σε αυτό το πλαίσιο εκδόθηκε μια σειρά Οδηγιών που εξειδικεύουν τη γενική αρχή της μη διάκρισης. Συγκεκριμένα η αναπηρία (ή «ειδικές ανάγκες» κατά την ορολογία που ακολουθεί το

ελληνικό κείμενο της Οδηγίας), περιελήφθη ως λόγος αθέμιτης διάκρισης στην Οδηγία 2000/78/ΕΚ⁴. Η Οδηγία 2000/78, μαζί με την Οδηγία 2000/43/ΕΚ⁵, ενσωματώθηκαν αρχικά στο ελληνικό δίκαιο με τον ν. 3304/2005, ο οποίος εν συνεχεία αντικαταστάθηκε από τον ν. 4443/2016.⁶ Σε αντίθεση μάλιστα με το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ και το άρθρο 21 του ΧΘΔΕΕ, τα οποία περιλαμβάνουν μια ενδεικτική, «ανοικτή» λίστα απαγορευμένων κριτηρίων διάκρισης, τόσο οι δύο Οδηγίες όσο και το άρθρο 19 ΣΛΕΕ απαριθμούν μια περιοριστική, «κλειστή» λίστα λόγων διάκρισης. Σύμφωνα δε με την πάγια νομολογία του ΔΕΕ⁷, «το πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2000/78 δεν πρέπει να επεκτείνεται κατ' αναλογία πέραν των περιπτώσεων δυσμενούς διακρίσεως για τους λόγους που εξαντλητικώς απαριθμούνται στο άρθρο 1 αυτής». Συνεπώς, τα προβλήματα ψυχικής υγείας δεν θα μπορούσαν να ενταχθούν αυτοτελώς στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2000/78, παρά μόνον εφόσον υπαχθούν στην έννοια της αναπηρίας.

Δεδομένου ότι δεν υπήρχε ορισμός της αναπηρίας στην Οδηγία 2000/78,⁸ την εννοιολογική εξειδίκευση του όρου επωμίστηκε το ΔΕΕ. Έτσι λοιπόν το Δικαστήριο με την απόφασή του στην υπόθεση *Chacón Navas*⁹ αφενός υπογράμμισε τη διαφοροποίηση

4 Οδηγία 2000/78/ΕΚ του Συμβουλίου, της 27ης Νοεμβρίου 2000, για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία, ΕΕ L 303, σ. 16 (αναφερόμενη ειδικά στην καταπολέμηση των διακρίσεων λόγω θρησκείας ή πεποιθήσεων, ειδικών αναγκών, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού στον τομέα της απασχόλησης και της εργασίας).

5 Οδηγία 2000/43/ΕΚ του Συμβουλίου, της 29ης Ιουνίου 2000, περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής, ΕΕ L 180, σ. 22.

6 Κριτική ανάλυση του νόμου βλ. σε Δ. Γούλα και Στ. Κοφίνη, «Ο νέος νόμος 4443/2016 για την απαγόρευση διακρίσεων: Μία πρώτη ερμηνευτική και κριτική προσέγγιση», *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1303 επ.

7 ΔΕΚ C-13/05, απόφαση της 11^{ης} Απριλίου 2006, *Chacón Navas*, Συλλ. 2006, σ. I-06467, σκ. 55-56 = *ΕΕργΔ* 2013, σ. 822 (σχ. Ν. Γαβαλά, *ΕΕργΔ* 2013, σ. 798)· ΔΕΚ C-303/06, απόφαση της 17^{ης} Ιουλίου 2008, *Coleman*, Συλλ. 2008, σ. I-05603, σκ. 46· ΔΕΕ C-335/11 και C-337/11, αποφάσεις της 11^{ης} Απριλίου 2013, *HK Danmark*, σκ. 35-37· ΔΕΕ C-354/13, απόφαση της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2014, *FOA*, σκ. 35-37.

8 Μεταγενέστερα, ο Κανονισμός 651/2014 περί επιτρεπτών κρατικών ενισχύσεων (άρθρο 2 περ. 3β) όρισε ρητώς ως «εργαζόμενο με αναπηρία» (επαναλαμβάνοντας ουσιαστικά τον ορισμό που ανέπτυξε το ΔΕΕ στο πλαίσιο της Οδηγίας 2000/78) «κάθε άτομο με μακροχρόνιες σωματικές, νοητικές, πνευματικές ή αισθητηριακές βλάβες, οι οποίες σε συνδυασμό με διάφορα εμπόδια μπορούν να δυσχεράνουν την πλήρη και αποτελεσματική συμμετοχή του στο εργασιακό περιβάλλον σε ισότιμη βάση με τους άλλους εργαζομένους». Αυτό είναι, μέχρι στιγμής, και το μόνο δεσμευτικό ενωσιακό νομικό κείμενο που περιλαμβάνει ορισμό της αναπηρίας.

9 ΔΕΚ *Chacón Navas*, ό.π. (υποσ. 7). Κριτική ανάλυση της απόφασης και εκτενή περαιτέρω υπομνηματισμό βλ. αντί πολλών σε Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, «Απόλυση εργαζομένου λόγω ασθένειας: Με αφορμή την απόφαση C-13/05 του ΔΕΚ (Υπόθεση Navas)», *ΕΕργΔ* 2011, σ. 328 επ.· L. Waddington, «Case C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, judgment of the Grand Chamber of 11 July 2006, nyr», *CMLR* 2007, σ. 487 επ.· D. Hosking, «A high bar for EU Disability Rights», *ILJ* 2007, σ. 228 επ.· R. Domröse, «Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf?», *NZA* 2006, σ. 1320 επ.· K. Pärli, «Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Von der Notwendigkeit eines offenen und weiten Verständnisses», *ELR* 2006, σ.

μεταξύ ασθένειας και αναπηρίας, αφετέρου προσέδωσε στην έννοια της αναπηρίας έναν ορισμό που αντανakλούσε περισσότερο το λεγόμενο «ιατρικό» ή «ατομικό» μοντέλο της αναπηρίας. Η προσέγγιση αυτή εξετάζει τη λειτουργική ή βιολογική «απόκλιση» του «ανάπηρου» σώματος από το «υγιές» σώμα, δίνοντας έμφαση στις φυσιολογικές ή βιολογικές δυσλειτουργίες του σώματος, στην παθολογική του κατάσταση ή στους λειτουργικούς του περιορισμούς. Συνεπώς, επίκεντρο της συγκεκριμένης θεώρησης της αναπηρίας είναι το άτομο και η κατάσταση της υγείας του και ως λύση προκρίνεται η ιατρική θεραπεία, εφόσον αυτή είναι εφικτή.

Αντιθέτως, το «κοινωνικό» μοντέλο της αναπηρίας εστιάζει στις κοινωνικές σχέσεις ή αλληλεπιδράσεις που παρεμποδίζουν την πλήρη και αποτελεσματική ένταξη του ατόμου στην κοινωνική και επαγγελματική ζωή και αποσκοπεί πρωτίστως στην ισότιμη συμμετοχή του ατόμου στις κοινωνικές και οικονομικές διεργασίες και στην άρση των αποκλεισμών μέσω του παραμερισμού των προσκομμάτων που επιβάλλει το κοινωνικό, οικονομικό, πολιτισμικό, οικιστικό κ.ο.κ. περιβάλλον.¹⁰ Συνεπώς, καθοριστική για τη γέννηση της αναπηρίας δεν είναι μόνον η τυχόν πάθηση, αλλά τα στερεότυπα, οι προκαταλήψεις, τα θεσμικά προβλήματα, η αρχιτεκτονική, η πολεοδομία κ.λπ. Υπ' αυτό το πρίσμα, η αναπηρία (η έννοια της οποίας είναι δυναμική και εξελισσόμενη, όχι στατική και συνδεδεμένη με σταθερές ιατρικές παραμέτρους) δεν αποτελεί ατομικό πρόβλημα αλλά κοινωνική κατάσταση. Όπως είναι λοιπόν ευνόητο, η κοινωνική αυτή αντίληψη της αναπηρίας προσφέρει σαφώς πληρέστερη προστασία έναντι των διακρίσεων, διότι καταλαμβάνει ένα ευρύ φάσμα περιπτώσεων, όπως λ.χ. παρελθούσα αναπηρία με συνεχιζόμενο στίγμα, μελλοντική, ανύπαρκτη ή εικαζόμενη αναπηρία που προκαλεί εκθρόνιση, διάφορες ασυμπτωματικές νόσους κ.λπ.¹¹ Αντιθέτως, η υπερβολικά περιοριστική προσέγγιση που ακολούθησε το ΔΕΕ στην απόφαση *Navas* αναγκαστικά έφερε στο προσκήνιο ως νομικά κρίσιμη την κατάσταση της υγείας του ατόμου και όχι τους περιορισμούς που ενδεχομένως επιβάλλουν το περιβάλλον του, οι κατεστημένες κοινωνικές προκαταλήψεις και τα στερεότυπα.¹²

Καθοριστικής σημασίας για την ενίσχυση της νομικής προστασίας των ατόμων με αναπηρία αποτέλεσε η θέση σε ισχύ της Σύμβασης του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών για τα

383 επ.· K. Mayr, «“Hü“ in “Mangold“ und “Hott“ in “Chacón Navas“? Die Zurückhaltung des EuGH hinsichtlich des Begriffes der “Behinderung“ im Sinne der RL 2000/78», *ELR* 2006, σ. 312-313.

10 Βλ. και M. Blatman, «Διεθνείς και εθνικές διαστάσεις της καταπολέμησης των διακρίσεων λόγω αναπηρίας», *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1191-1192.

11 Βλ. ειδικότερα Δ. Γούλα, «Διάκριση λόγω αναπηρίας: Παρατηρήσεις στην απόφαση του Δ.Ε.Ε. *HK Danmark*», *ΕΕΕυρΔ* 2013, σ. 365 επ., με περαιτέρω παραπομπές· Γούλα και Κοφίνη, *ό.π.* (υποσ. 6), σ. 1313-1317.

12 Πρβλ. σχετικά Waddington, *ό.π.* (υποσ. 9), σ. 489· Hosking, *ό.π.* (υποσ. 9), σ. 230.

δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία, η οποία θα αναλυθεί αυτοτελώς αμέσως παρακάτω. Μεταξύ πολλών άλλων καινοτομιών, η σύμβαση αυτή είναι εξόχως σημαντική και διότι ακολουθεί το σύγχρονο δικαιωματικό μοντέλο της αναπηρίας, αποκρούοντας τη μονοδιάστατη ιατρική ή προνοιακή αντιμετώπιση. Η ιδιαίτερη νομική σημασία της εν λόγω Σύμβασης για το δίκαιο της Ένωσης απορρέει από το ότι υπογράφηκε και κυρώθηκε εξ ονόματος της ίδιας της Ευρωπαϊκής Ένωσης δυνάμει της εγκριτικής απόφασης 2010/48/ΕΚ του Συμβουλίου, της 26^{ης} Νοεμβρίου 2009.¹³ Σύμφωνα δε με το άρθρο 216 παρ. 2 ΣΛΕΕ, το δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο (συνεπώς και η Οδηγία 2000/78) θα πρέπει να ερμηνεύεται κατά τρόπο συνάδοντα προς τη Σύμβαση.¹⁴

Αξιοποιώντας τον ορισμό της αναπηρίας που ενσωματώθηκε στη Σύμβαση του ΟΗΕ, το ΔΕΕ στην αμέσως επόμενη απόφασή του που αφορούσε διάκριση λόγω αναπηρίας προχώρησε στον εμπλουτισμό του ορισμού της αναπηρίας που είχε εισαγάγει στην απόφαση *Navas*. Σύμφωνα με αυτόν τον νέο ορισμό «η έννοια της “ειδικής ανάγκης” υποδηλώνει μειονεκτικότητα, οφειλόμενη, ιδίως, σε πάθηση σωματική, διανοητική ή ψυχική, η οποία σε συνδυασμό με διάφορους περιορισμούς μπορεί να παρακωλύσει την πλήρη και αποτελεσματική συμμετοχή του συγκεκριμένου ατόμου στον επαγγελματικό βίο σε ισότιμη βάση με τους υπόλοιπους εργαζόμενους»¹⁵. Ο ορισμός αυτός της αναπηρίας παγιώθηκε έκτοτε και επαναλαμβάνεται σε όλη τη μεταγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου.¹⁶ Σύμφωνα λοιπόν με αυτόν, αναπηρία υπό την έννοια της Οδηγίας 2000/78 υφίσταται όταν συντρέχουν τα εξής κριτήρια: α) μειονεκτικότητα (ιδίως λόγω πάθησης, μεταξύ άλλων και ψυχικής), β) διάφοροι άλλοι περιορισμοί, γ) παρακώλυση της συμμετοχής στον επαγγελματικό βίο. Τόσο κατά τη Σύμβαση του ΟΗΕ όσο και κατά την πάγια νομολογία του ΔΕΕ, η μειονεκτικότητα πρέπει να είναι «μακροχρόνια».¹⁷ Ωστόσο, η προέλευση ή η αιτία της ανικανότητας αυτής δεν προσδιορίζεται. Μπορεί να οφείλεται εξίσου σε ατύχημα, σε ασθένεια ή να υφίσταται

13 ΕΕ 2010, L 23, σ. 35.

14 Βλ. ειδικότερα Γούλα, ό.π. (υποσ. 11), *ΕΕΕυρΔ* 2013, σ. 366-367. Πάντως το Δικαστήριο στην υπόθεση C-363/12, απόφαση της 18.3.2014, Ζ., σκ. 90, *ΕΕργΔ* 2014, σ. 481 (σх. Ν. Γαβαλά), έκρινε ότι οι διατάξεις της Σύμβασης του ΟΗΕ στερούνται άμεσου αποτελέσματος στο δίκαιο της Ένωσης.

15 ΔΕΕ C-335/11 και C-337/11, απόφαση της 11^{ης} Απριλίου 2013, *HK Danmark*, σκ. 38, *ΕΕργΔ* 2013, σ. 842 (σх. Ν. Γαβαλά, *ΕΕργΔ* 2013, σ. 798)· βλ. και Γούλα, ό.π. (υποσ. 11), σ. 364.

16 Ενδεικτικά: ΔΕΕ C-312/11, απόφαση της 4^{ης} Μαρτίου 2013, *Επιτροπή κατά Ιταλίας*, σκ. 56· ΔΕΕ C-363/12, απόφαση της 18^{ης} Μαρτίου 2014, Ζ., σκ. 76· ΔΕΕ C-356/12, απόφαση της 22ας Μαΐου 2014, *Glatzel*, σκ. 45· ΔΕΕ C-354/13, απόφαση της 18^{ης} Δεκεμβρίου 2014, *FOA*, σκ. 53, *ΕΕργΔ* 2015, σ. 435 (σх. Ν. Γαβαλά)· ΔΕΕ C-198/15, απόφαση της 26^{ης} Μαΐου 2016, *Invamed*, σκ. 31· ΔΕΕ C-395/15, απόφαση της 1^{ης} Δεκεμβρίου 2016, *Daouidi*, σκ. 42, *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1215 (σх. Ν. Γαβαλά).

17 ΔΕΕ *Daouidi*, ό.π. (υποσ. 16), σκ. 42 και 49-58· ΔΕΕ *HK Danmark*, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 39· *Chacón Navas*, ό.π. (υποσ. 7), σκ. 45. Κριτική για την προϋπόθεση αυτή βλ. σε Waddington, ό.π. (υποσ. 9), σ. 493-494· Hosking, ό.π. (υποσ. 9), σ. 234.

εκ γενετής. Η εν λόγω ασθένεια μπορεί να είναι ανίατη ή ιάσιμη. Η δε υπαιτιότητα του αναπήρου για την αναπηρία του είναι νομικώς αδιάφορη.¹⁸ Σύμφωνα με το ΔΕΕ,¹⁹ τυχόν διαφοροποιήσεις τέτοιου είδους ως προς την πηγή της μειονεκτικότητας θα αντέβαιναν στον ίδιο τον σκοπό της Οδηγίας 2000/78, συνεπαγόμενες διαφορετική μεταχείριση ανθρώπων με αναπηρία. Επίσης για την υπαγωγή στην έννοια της αναπηρίας κατά το δίκαιο της Ε.Ε. είναι κατ' αρχήν αδιάφορο αν η πάθηση έχει αναγνωρισθεί ως αναπηρία κατά το εθνικό δίκαιο.²⁰

Σύμφωνα λοιπόν με τα παραπάνω, οι ψυχικές παθήσεις αναμφισβήτητα μπορούν να αξιολογηθούν ως αναπηρία υπό την έννοια της Οδηγίας 2000/78.²¹ Ωστόσο, κάθε ψυχική νόσος δεν συνιστά αυτομάτως και αναπηρία. Προϋπόθεση αποτελεί να συντρέχουν και οι λοιπές προϋποθέσεις (ιδίως μακροχρόνια διάρκεια και παρακώλυση της ισότιμης συμμετοχής στην επαγγελματική ζωή, λαμβανομένων πάντοτε υπ' όψιν και των λοιπών περιβαλλοντικών περιορισμών).

2.3 Η Σύμβαση του ΟΗΕ για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρίες

Όπως ήδη αναφέρθηκε, σημείο αναφοράς στο πεδίο των διακρίσεων λόγω αναπηρίας σε παγκόσμιο επίπεδο αποτέλεσε η θέση σε ισχύ της Σύμβασης του Οργανισμού Ηνωμένων Εθνών για τα δικαιώματα των ανθρώπων με αναπηρία (εφεξής: Σύμβαση), η οποία εγκρίθηκε από τη Γενική Συνέλευση του ΟΗΕ στις 13.12.2006, μετά από σχεδόν πέντε χρόνια επεξεργασίας και διαπραγματεύσεων, και τέθηκε σε ισχύ στις 3.5.2008. Η Σύμβαση αυτή μαζί με το Προαιρετικό Πρωτόκολλό της υπογράφηκαν και από την Ελληνική Δημοκρατία και κυρώθηκαν με τον ν. 4074/2012, αποκτώντας έτσι υπερνομοθετική ισχύ. Επίσης στο Μέρος Δ' (άρθρα 59επ.) του ν. 4488/2017 περιελήφθησαν ειδικότερες κατευθυντήριες και οργανωτικές διατάξεις υλοποίησης της Σύμβασης. Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε, η Σύμβαση υπογράφηκε και κυρώθηκε και από την ίδια την ΕΕ.

Κεντρικός άξονας της Σύμβασης και του ορισμού της αναπηρίας που υιοθετήθηκε υπήρξε η αλλαγή παραδείγματος ως προς την αντιμετώπιση της αναπηρίας και η μετατόπιση από το «ιατρικό» στο «κοινωνικό» μοντέλο. Σε αυτό το πλαίσιο, λοιπόν, η Σύμβαση

18 ΔΕΕ FOA, ό.π. (υποσ. 16), σκ. 56.

19 ΔΕΕ HK Danmark, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 40.

20 ΔΕΕ C-270/16, απόφαση της 18^{ης} Ιανουαρίου 2018, Conejero, σκ. 31-32.

21 ΔΕΕ C-406/15, απόφαση της 9^{ης} Μαρτίου 2017, Milkova, σκ. 37. Έτσι προσφάτως και ο Συνήγορος του Πολίτη στο από 06.02.2018 και με Αριθμό Πρωτ. 238191/5571/2018 έγγραφό του, <https://www.synigoros.gr/resources/20180427-synopsi-eggrafo-stp.pdf> (τελ. επίσκεψη 14.05.2018), που αφορούσε αποκλεισμό υποψήφιας εργαζομένης από δράση πρόωθησης απασχόλησης ανέργων μέσω προγράμματος κοινωνιολογικού χαρακτήρα, επειδή διαπιστώθηκε ότι πάσχει από ψυχική πάθηση, χωρίς να έχει εξετασθεί η δυνατότητα πραγματοποίησης εύλογων προσαρμογών.

του ΟΗΕ υπάγει στο πεδίο εφαρμογής της (άρθρο 1 εδ. β') «τα άτομα με μακροχρόνιες σωματικές, ψυχικές, νοητικές ή αισθητηριακές αναπηρίες, οι οποίες, σε συνδυασμό με διάφορα εμπόδια, μπορεί να δυσχεραίνουν την πλήρη και αποτελεσματική συμμετοχή τους στην κοινωνία σε ισότιμη βάση με τα άλλα άτομα». Ήδη δε στην πέμπτη αιτιολογική σκέψη του προοιμίου της Σύμβασης επισημαίνεται ότι «η αναπηρία είναι έννοια που εξελίσσεται και είναι αποτέλεσμα της αλληλεπίδρασης ανάμεσα στα άτομα με μειωμένες δυνατότητες και στα συμπεριφορικά και περιβαλλοντικά εμπόδια που δυσχεραίνουν την πλήρη, πραγματική και ισότιμη συμμετοχή των ατόμων με αναπηρία στην κοινωνία». Όπως είναι ήδη εμφανές, κομβικής σημασίας για την έννοια της αναπηρίας στη Σύμβαση του ΟΗΕ είναι η κάθε είδους μειονεκτικότητα, τα εμπόδια που θέτει το περιβάλλον και η παρακώλυση της ισότιμης συμμετοχής στην κοινωνία. Μάλιστα αξιοσημείωτο είναι ότι ο έλληνας νομοθέτης στο άρθρο 60 του ν. 4488/2017 υιοθέτησε έναν ακόμη ευρύτερο ορισμό των ατόμων με αναπηρία, όπου γίνεται ρητή αναφορά στην «αλληλεπίδραση με διάφορα εμπόδια, ιδίως θεσμικά, περιβαλλοντικά ή εμπόδια κοινωνικής συμπεριφοράς» ως συστατικό στοιχείο της αναπηρίας. Στο δε άρθρο 61 παρ. 1 του ν. 4488/2017 διακηρύσσεται ως γενική υποχρέωση κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου (συνεπώς και όλων των εργοδοτών) να απέχουν από διακρίσεις σε βάρος των ατόμων με αναπηρία υπό την παραπάνω ευρεία έννοια.

Σε αυτό το πλαίσιο είναι προφανές ότι οι ψυχικές νόσοι, εφόσον πληρούν τις προϋποθέσεις που προαναφέρθηκαν, εμπίπτουν στην έννοια της αναπηρίας κατά τη Σύμβαση, λαμβανομένων μάλιστα ιδίως υπ' όψιν και των περιβαλλοντικών εμποδίων, υπό το πρίσμα του κοινωνικού μοντέλου της αναπηρίας που υιοθετείται ρητά. Μάλιστα, σε αντίθεση με την Οδηγία 2000/78, το πεδίο εφαρμογής της Σύμβασης εκτείνεται πολύ πέραν των σχέσεων εργασίας, σε διάφορα πεδία οικονομικής, κοινωνικής, εκπαιδευτικής και πολιτικής δραστηριότητας.

2.4 Η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω προβλημάτων ψυχικής υγείας στην ΕΣΔΑ

Σε αντίθεση με την Οδηγία 2000/78, το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ απαγορεύει μεν τις διακρίσεις, όχι όμως γενικώς αλλά μόνο ως προς την απόλαυση των δικαιωμάτων που η ίδια η Σύμβαση εγγυάται.²² Κατά κανόνα πάντως, σε περιπτώσεις διακρίσεων όπως αυτή λόγω αναπηρίας ή ασθένειας καλείται σε εφαρμογή η διάταξη του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ που αφορά την προστασία της ιδιωτικής ζωής, σε συνδυασμό με το άρθρο 14. Όπως ήδη αναφέρθηκε, το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ περιλαμβάνει μια «ανοικτή» (δηλαδή ενδεικτική) λίστα λόγων διάκρισης, στους οποίους δεν περιλαμβάνονται ρητά ούτε η ψυχική ασθένεια ούτε η αναπηρία. Ωστόσο το ΕΔΔΑ έχει περιλάβει διάφορες ασθένειες, όπως ο ιός

²² Γενική απαγόρευση των διακρίσεων προβλέπει αντιθέτως το 12^ο Πρόσθετο Πρωτόκολλο της ΕΣΔΑ, το οποίο όμως δεν έχει κυρωθεί από την Ελληνική Δημοκρατία.

HIV²³ ή ο σακχαρώδης διαβήτης τύπου I²⁴, στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 8 και 14 της Σύμβασης και μάλιστα ανεξαρτήτως του χαρακτηρισμού τους ή μη ως αναπηρίας. Κρίσιμο στοιχείο υπήρξε μεταξύ άλλων η εξαιρετικά ευάλωτη και μειονεκτική θέση στην οποία έχουν περιέλθει οι φορείς ορισμένων ασθενειών, ακόμα και πλήρως ασυμπτωματικών, εξαιτίας αδικαιολόγητων φόβων και προκαταλήψεων που έχουν επικρατήσει σε βάρος τους. Δεδομένης δε της μακράς κοινωνικής περιθωριοποίησης και καταπίεσης των ανθρώπων με προβλήματα ψυχικής υγείας, θα πρέπει να θεωρείται αναμφίβολη η κατ' αρχήν ένταξη και αυτών στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 8 και 14 της ΕΣΔΑ, υπό την επιφύλαξη βεβαίως πάντοτε των εκάστοτε πραγματικών περιστάσεων.

Ενδιαφέρουσα σε αυτό το πλαίσιο είναι η απόφαση του ΕΔΔΑ επί της υπόθεσης *Ντολόπουλος κατά Ελλάδας*²⁵. Ο προσφεύγων υπέστη σοβαρό κλονισμό της ψυχικής του υγείας εξαιτίας, όπως επικαλέστηκε, της παρενόχλησης που υφίστατο και των γενικότερων συνθηκών απασχόλησής του στην τράπεζα όπου εργαζόταν. Όμως τόσο η μήνυση που υπέβαλε όσο και η αναφορά του ενώπιον του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας απορρίφθηκαν, ενώ η αγωγή που άσκησε κατά τη διαδικασία των εργατικών διαφορών επίσης απορρίφθηκε πρωτοδίκως και εκκρεμούσε ενώπιον του Εφετείου. Το ΕΔΔΑ αποφάνθηκε ότι η παράλειψη της Ελληνικής Δημοκρατίας να εντάξει τις ψυχικές νόσους στον κατάλογο των

23 ΕΔΔΑ *Kiyutin v Russia*, αρ. προσφ. 2700/10, απόφαση της 10^{ης} Μαρτίου 2011· ΕΔΔΑ *I.B. κ Ελλάδας*, αρ. προσφ. 552/10, απόφαση της 3^{ης} Οκτωβρίου 2013. Βλ. σχετικά με τη διαδρομή της δεύτερης υπόθεσης ενώπιον των ελληνικών δικαστηρίων Γ. Θεοδόση, «Σχόλιο στην Μον.Πρωτ.Αθ. 1042/2006», ΔΕΕ 2007, σ. 1359 επ.· Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, «Απόλυση εργαζομένου μολυνθέντος από τον ιό του HIV/AIDS ιδίως κατόπιν απαίτησης του προσωπικού – Με αφορμή τις πρόσφατες εξελίξεις στη νομολογία», ΕΕργΔ 2010, σ. 193 επ.· Π. Μπουμπουχερόπουλο, «Η “εξαναγκασμένη” καταγγελία ως παρενόχληση και βία στην εργασία και τα όρια της υποχρέωσης πρόνοιας του εργοδότη», ΔΕΕ 2010, σ. 90 επ.· Ελ. Διονυσοπούλου, «Εξαναγκασμένη καταγγελία: Απόλυση εργαζομένου φορέως του ιού HIV/AIDS κατόπιν πίεσεως συναδέλφων του», ΕΕργΔ 2010, σ. 1427 επ.· Ν. Γαβαλά, «Το ΕΔΔΑ αποδομεί το καθεστώς της “ανατιωδους” εργοδοτικής καταγγελίας – Η απόφαση I.B. κατά Ελλάδος επί απολύσεως οροθετικού εργαζομένου», ΕΕργΔ 2015, σ. 281 επ. Εκτενή ανάλυση και περαιτέρω παραπομπές για το ζήτημα της διάκρισης λόγω HIV/AIDS βλ. σε D. Goulas, «Workplace discrimination against people with HIV/AIDS in Greece, Europe and Australia: A comparative overview», HREL 2017, σ. 153 επ.· K. Pärli, “Different ways to fight against unfair dismissal on the grounds of HIV/AIDS status”, ELLJ 2015, σ. 373 επ. Βλ. συναφώς και BAG 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, NZA 2014, σ. 378-379.

24 ΕΔΔΑ *Glor v Switzerland*, αρ. προσφ. 13444/04, απόφαση της 30^{ης} Απριλίου 2009.

25 ΕΔΔΑ *Dolopoulos κ Ελλάδας*, αρ. προσφ. 36656/14, απόφαση της 17^{ης} Νοεμβρίου 2015, διαθέσιμη σε ελληνική μετάφραση στην ιστοσελίδα του ΝΣΚ: <http://www.nsk.gov.gr/web/nsk/anazitisi-apophaseon>. Βλ. και σχολιασμό σε K. Lörcher, «Berufskrankheiten zwischen Sozial- und Arbeitsrecht – Entscheidung vom 17. November 2015 – Nr. 36656/14 – Dolopoulos / Griechenland», HSI-Newsletter 4/2015, Anmerkung unter III. Ενδιαφέρουσα, υπό διαφορετικό πρίσμα, είναι επίσης και η απόφαση του ΕΔΔΑ *Surikov v. Ukraine*, αρ. προσφ. 42788/06, απόφαση της 26^{ης} Ιανουαρίου 2017, με την οποία κρίθηκε αντίθετη στο άρθρο 8 της Ε.Σ.Δ.Α. η επεξεργασία παλαιών προσωπικών δεδομένων ενός εργαζομένου που είχε διαγνωσθεί προ πολλών ετών με ψυχική νόσο και κρίθηκε ως εκ τούτου ακατάλληλος για την άσκηση υπεύθυνων καθηκόντων.

επαγγελματικών ασθενειών, η οποία συνετέλεσε καθοριστικά στην απόρριψη των ενδίκων βοηθημάτων του προσφεύγοντος, δεν συνιστά παραβίαση του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ. Το Δικαστήριο επισήμανε ότι αφενός ο εθνικός νομοθέτης διαθέτει ευρύ περιθώριο εκτίμησης ως προς την αναγνώριση της επαγγελματικής ασθένειας· αφετέρου οι ελληνικές αρχές δεν απέτυχαν να παράσχουν στον θιγόμενο επαρκή μέσα δικαστικής προστασίας της υγείας και ασφάλειάς του, όπως και το δικαίωμα διεκδίκησης αποζημίωσης για κάθε περιουσιακή ή ηθική βλάβη.

2.5 Η απαγόρευση των διακρίσεων λόγω προβλημάτων ψυχικής υγείας στον νόμο 4443/2016

Όπως ήδη αναφέρθηκε, η ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/78 στο ελληνικό δίκαιο έγινε αρχικά με τον ν. 3304/2005, ο οποίος στη συνέχεια αντικαταστάθηκε με τον ν. 4443/2016. Μεταξύ άλλων σημαντικών καινοτομιών που εισήγαγε ο νέος νόμος στο ελληνικό δίκαιο της μη διάκρισης, αξιοσημείωτη είναι ιδίως η πρόβλεψη νέων λόγων διάκρισης, πέραν εκείνων που (περιοριστικά, όπως ήδη εκτέθηκε) προβλέπει η Οδηγία 2000/78 και αναπαρήγαγε ο ν. 3304/2005. Έτσι λοιπόν, πέραν της αναπηρίας, ο ν. 4443/2016 προσέθεσε διαζευκτικά και τη «χρόνια πάθηση» ως προστατευόμενο χαρακτηριστικό γνώρισμα. Ενώ όμως η έννοια της αναπηρίας είναι ήδη εν πολλοίς γνωστή στο πλαίσιο της εκτεθείσας ερμηνευτικής επεξεργασίας της από το ΔΕΕ, δεν είναι σαφές σε τι συνίσταται η «χρόνια πάθηση» (ή «χρόνια ασθένεια» κατά την αιτιολογική έκθεση του νόμου) και σε τι διαφέρει από την αναπηρία.²⁶

Σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του ν. 4443/2016, «η έννοια “αναπηρία” ως λόγος μη διάκρισης συμπληρώνεται με εκείνη της “χρόνιας ασθένειας” με σκοπό τη διεύρυνση του επιχειρούμενου[υ] από το ν. 4074/2012 δικαιωματικού μοντέλου προστασίας για την ισότιμη πρόσβαση και συμμετοχή στο κοινωνικό γίνεσθαι των ατόμων με αναπηρία. Μάλιστα, με τον όρο “χρόνια ασθένεια” εννοούνται οι ασθένειες εκείνες που προκύπτουν είτε από παθήσεις είτε από ατύχημα και παρουσιάζουν τουλάχιστον ένα από τα παρακάτω χαρακτηριστικά: διάρκεια επ’ άπειρον και μη υφιστάμενη αναγνωρισμένη θεραπεία, υποτροπή ή πιθανότητα υποτροπής, μονιμότητα, μακροχρόνια παρακολούθηση, ιατρικές επισκέψεις και διαγνωστικές εξετάσεις, ενώ ο ασθενής χρειάζεται επανένταξη ή ειδική εκπαίδευση για να μπορέσει να την αντιμετωπίσει. Υπό το πρίσμα αυτό, η “οροθετικότητα” εντάσσεται αναμφισβήτητα στο προστατευτικό πλέγμα της “αναπηρίας ή χρόνιας ασθένειας[ς]” [...]».

26 Εκτενώς Γούλας και Κοφίνης, ό.π. (υποσ. 6), σ. 1313-1319. Βλ. επίσης την εκτενή ανάλυση των K. Pärli / T. Naquib, *Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit - Unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Rechts, des Unionsrechts, des AGG und des SGB IX sowie mit einem rechtsvergleichenden Seitenblick: Analyse und Empfehlungen*, Antidiskriminierungsstelle des Bundes: Winthertur, 2012, ιδίως σ. 71 επ.

Όπως αναφέρθηκε, η «μειονεκτικότητα οφειλόμενη ιδίως σε πάθηση», εφόσον είναι «μακροχρόνια», αποτελεί κατά πάγια νομολογία του ΔΕΕ μία από τις συνιστώσες της «αναπηρίας»,²⁷ μαζί με τους «διάφορους άλλους περιορισμούς» και την τελικώς προκαλούμενη «παρακώλυση της συμμετοχής στον επαγγελματικό βίο». Συνεπώς, εφόσον η ασθένεια δεν προκαλεί μακροχρόνια²⁸ μειονεκτικότητα ή εφόσον η μειονεκτικότητα αυτή δεν συνεπάγεται παρακώλυση της ισότιμης συμμετοχής του υποκειμένου στο επαγγελματικό πεδίο,²⁹ τότε, κατά τη νομολογία του ΔΕΕ, δεν συντρέχει «αναπηρία» υπό την παραπάνω έννοια και η προστασία της Οδηγίας 2000/78 δεν ενεργοποιείται.³⁰ Εφόσον λοιπόν η χρόνια πάθηση είναι κάτι διαφορετικό σε σχέση με την αναπηρία, θα πρέπει να υποτεθεί είτε ότι είναι αδιάφοροι οι λοιποί περιβαλλοντικοί περιορισμοί (οπότε όμως η ερμηνεία αυτή θα υπονόμει τη ρητή σύνδεση της χρόνιας πάθησης με το κοινωνικό μοντέλο της αναπηρίας, όπως περιγράφεται στην αιτιολογική έκθεση του νόμου), είτε ότι δεν απαιτείται να διαπιστώνεται παρακώλυση της συμμετοχής στην επαγγελματική δραστηριότητα (κάτι τέτοιο όμως θα διεύρυνε υπέρμετρα το πεδίο εφαρμογής της απαγόρευσης των διακρίσεων).

Στο διάστημα που έχει μεσολαβήσει από τη θέση σε ισχύ του ν. 4443/2016 δημοσιεύθηκαν (τουλάχιστον) μία δικαστική απόφαση και δύο πορίσματα του Συνηγόρου του Πολίτη που αξιοποίησαν τη χρόνια πάθηση ως ύποπτο γνώρισμα διάκρισης. Ειδικότερα, με την ΜονΠρωτΑθ 1261/2017³¹ κρίθηκε ότι η άρνηση της ΔΕΗ να προσλάβει επιτυχούσα σε διαγωνισμό μέσω του ΑΣΕΠ, λόγω του ότι έπασχε από καλοήγη και εν πολλοίς ασυμπτωματική σκλήρυνση κατά πλάκας, η οποία δεν επηρέαζε τη δυνατότητά της να ανταποκριθεί στα εργασιακά της καθήκοντα, συνιστά άμεση διάκριση λόγω χρόνιας πάθησης, σύμφωνα με τον ν. 4443/2016. Αξιοσημείωτο είναι εν προκειμένω ότι σε παρόμοιο πόρισμα περί άμεσης διάκρισης είχε καταλήξει προηγουμένως και ο Συνήγορος του Πολίτη επί της ίδιας υπόθεσης, κρίνοντας όμως υπό την ισχύ του ν. 3304/2005, καθώς δεν είχε τεθεί ακόμα σε ισχύ ο νέος νόμος. Μολονότι από τα δημοσιευμένα στοιχεία δεν προκύπτει ότι ο Συνήγορος αναφέρθηκε ρητά σε αναπηρία, είναι προφανές ότι βασίστηκε σε αυτόν τον λόγο διάκρισης, δεδομένου ότι η χρόνια πάθηση δεν περιλαμβανόταν στη σχετική λίστα του ν. 3304/2005.

27 Παρομοίως και ο Ν. Γαβαλάς, «Η έννοια της «αναπηρίας» στο περιβάλλον της προστασίας από τις διακρίσεις· Επ' αφορμή της απόφασης του Δ.Ε.Ε. της 1^{ης} Δεκεμβρίου 2016 στην υπόθεση C-395/15 Mohamed Daouidi», *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1213.

28 ΔΕΕ *Daouidi*, ό.π. (υποσ. 16), σκ. 48-58.

29 Δ.Ε.Ε., Ζ., ό.π. (υποσ. 16), σκ. 80-82.

30 ΔΕΕ *HK Danmark*, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 41-42.

31 *TNP Nomos*. Αξιοσημείωτη είναι επίσης η ΜονΠρωτΠειρ 3220/2017, *ΕΕργΔ* 2017, σ. 1425, που αναφέρεται μεν στον αγωγικό ισχυρισμό περί διάκρισης λόγω χρόνιας πάθησης σε βάρος της ενάγουσας, η οποία έπασχε από επιληψία, αλλά εν συνεχεία δεν τον αξιοποιεί περαιτέρω.

Παρομοίως, κατόπιν παρέμβασης του Συνηγόρου του Πολίτη, αναθεωρήθηκε η απόφαση της Ανώτατης Υγειονομικής Επιτροπής της Ελληνικής Αστυνομίας, η οποία αρνήθηκε την επανακατάταξη υποψηφίου που έπασχε από Ηπατίτιδα Β' διότι κρίθηκε ακατάλληλος για την άσκηση καθηκόντων υπηρεσίας γραφείου.³² Συγκεκριμένα, ο Συνήγορος επισήμανε ιδίως τον στιγματισμό, τις προκαταλήψεις και τον αδικαιολόγητο φόβο που συνοδεύουν τη συγκεκριμένη ασθένεια και έκρινε ότι με την αρνητική απόφαση της Υγειονομικής Επιτροπής παραβιάζονταν οι διατάξεις του ν. 4443/2016, κάνοντας λόγο συγκεκριμένα για διάκριση λόγω χρόνιας πάθησης. Τέλος, με το από 27.10.2017 Πόρισμά του³³ ο Συνήγορος του Πολίτη αναφέρθηκε επίσης σε χρόνια πάθηση κατά την έννοια του ν. 4443/2016, κρίνοντας ότι υφίσταται άμεση διάκριση εξ αυτού του λόγου στην περίπτωση απόλυσης οροθετικού εργαζομένου.

Αξιοσημείωτο είναι στο πλαίσιο αυτό ότι και στις τρεις αυτές υποθέσεις όπου χρησιμοποιήθηκε η έννοια της χρόνιας πάθησης παρατηρούνται τα εξής κοινά σημεία:

Πρώτον, ερμηνευόμενες υπό το φως του κοινωνικού μοντέλου της αναπηρίας και λαμβανομένων υπ' όψιν των περιβαλλοντικών περιορισμών, όλες αυτές οι περιπτώσεις θα μπορούσαν κάλλιστα να αξιολογηθούν (και) ως διάκριση λόγω αναπηρίας. Δεύτερον, σε καμία εκ των περιπτώσεων αυτών δεν επιχειρήθηκε ειδικότερη ανάλυση της έννοιας «χρόνια πάθηση», ούτε αναφέρθηκαν οι προϋποθέσεις επίκλησής της ή (το κυριότερο) διαφοροποίησής της από την αναπηρία ή την «απλή» ασθένεια. Ως εκ τούτων, η αξιοποίηση της χρόνιας πάθησης φαίνεται να συνδέεται περισσότερο με την επιθυμία του εφαρμοστή του ν. 4443/2016 να ενεργοποιήσει την προστασία έναντι των διακρίσεων χωρίς να χρειαστεί να ανατρέξει στην έννοια της αναπηρίας, ιδίως όταν λόγω της ασυμπτωματικής φύσης της πάθησης δεν παρακωλύεται η παροχή της εργασίας εξαιτίας παθολογικών ή λειτουργικών περιορισμών. Υπ' αυτό το πρίσμα, είναι βεβαίως αυτονόητο ότι και τα προβλήματα ψυχικής υγείας με παρόμοια χαρακτηριστικά θα μπορούσαν να υπαχθούν εξίσου στην έννοια της «χρόνιας πάθησης».

3. Η κρίσιμη έννοια των προβλημάτων ψυχικής υγείας

Κατ' αρχήν όλα τα γνωστά προβλήματα ψυχικής υγείας μπορούν να αποτελέσουν προστατευόμενο γνώρισμα διάκρισης, εφόσον πληρούνται οι λοιπές προϋποθέσεις που αναφέρθηκαν προηγουμένως για τον χαρακτηρισμό τους ως (ψυχοκοινωνική) αναπηρία

32 Βλ. τη Σύνοψη Διαμεσολάβησης του Συνηγόρου του Πολίτη με χρονολογία «Ιούλιος 2017» και τίτλο «Επανακατάταξη στην Ελληνική Αστυνομία διαγραφέντος σπουδαστή λόγω Ηπατίτιδας Β'».

33 Διαθέσιμο στην ιστοσελίδα <https://www.kentrozois.gr/wp-content/uploads/2017/11/ΠΟΡΙΣΜΑ-ΣτΠ.pdf>, (τελ. επίσκεψη 20.12.2017).

ή χρόνια πάθηση. Κυριότερες περιπτώσεις τέτοιων προβλημάτων ψυχικής υγείας που μπορούν να αποτελέσουν αθέμιτο λόγο διάκρισης, υπό τις προαναφερθείσες προϋποθέσεις, αποτελούν οι διαταραχές προσωπικότητας, η σχιζοφρένεια, η κατάθλιψη, οι αγχώδεις διαταραχές και οι διαταραχές πανικού, μετατραυματικού στρες κ.λπ., η διπολική διαταραχή, η ιδεοψυχαναγκαστική διαταραχή, οι διάφορες φοβίες κ.ο.κ.³⁴ Πάντως, από τις ψυχικές διαταραχές θα πρέπει να διαχωρίζονται όσες ανεπιθύμητες συμπεριφορές συνιστούν απλώς στοιχεία της προσωπικότητας ή του χαρακτήρα του εργαζομένου χωρίς να συνδέονται με κάποια ψυχοκοινωνική διαταραχή. Τέτοια στοιχεία της προσωπικότητας είναι για παράδειγμα η επιπολαιότητα, η κακή εκτίμηση του χρόνου, η δυσκολία κάποιου να ξυπνήσει ή να είναι παραγωγικός τις πρωινές ώρες, η αντικοινωνικότητα, ο ευέξαπτος χαρακτήρας, ο ατομισμός, η μοναχικότητα, η απειθαρχία, το να είναι κάποιος αγχώδης κ.λπ.

Πρωτίστως φυσικά η απαγόρευση των διακρίσεων αφορά παρούσες ψυχικές διαταραχές. Σε αυτές ανήκουν όχι μόνον η ίδια η παθολογική κατάσταση αλλά και οι διάφορες εκδηλώσεις ή τα συμπτώματα που δημιουργούνται από αυτήν ή από τα ιατροφαρμακευτικά ή άλλα μέσα που χρησιμεύουν στη θεραπεία ή καταστολή της,³⁵ όπως είναι λ.χ. και η έντονη δυσκολία πρωινού ξυπνήματος που παρατηρείται συχνά σε περιπτώσεις κατάθλιψης.

Συναφώς, κρίσιμο ζήτημα ιδίως για τις συγκεκριμένες παθήσεις αποτελεί το αν για την εκτίμηση της κατάστασης της υγείας θα πρέπει να λαμβάνεται υπ' όψιν μόνον η τρέχουσα λειτουργικότητα του ασθενούς που βρίσκεται υπό ιατροφαρμακευτική παρακολούθηση ή αντιθέτως θα πρέπει να συνυπολογίζονται και οι εκδηλώσεις της νόσου που καταστέλλονται εξαιτίας ιατροφαρμακευτικής παρέμβασης ή άλλων βοηθημάτων. Όπως εύστοχα προβλέφθηκε στο δίκαιο των ΗΠΑ,³⁶ η ύπαρξη ή μη αναπηρίας θα πρέπει να αξιολογείται σύμφωνα με τη «φυσική» κατάσταση της υγείας, χωρίς να επηρεάζει την κρίση αυτή η

34 Πάντως σε ορισμένες έννομες τάξεις, όπως των ΗΠΑ ή του Ηνωμένου Βασιλείου, με ειδικές διατάξεις εξαιρούνται κατά κανόνα από την έννοια της αναπηρίας οι ψυχικές διαταραχές με εγγενείς βλαπτικές εκδηλώσεις, όπως π.χ. η κλεπτομανία ή η πυρομανία, ορισμένες επιθετικές σεξουαλικές διαταραχές, όπως η επιδειξιμανία, καθώς και ο εθισμός σε ναρκωτικές ουσίες, αλκοόλ, νικοτίνη, τζόγο κλπ. Η γερμανική νομολογία εξομοιώνει τον εθισμό στο αλκοόλ ή τις ναρκωτικές ουσίες με ασθένεια και ελέγχει αναλόγως την εξ αυτού του λόγου απόλυση του μισθωτού: BAG, 09.04.1987 - 2 AZR 210/86, NZA 1987, 811· BAG, 20.12.2012 - 2 AZR 32/11, NZA-RR 2013, 627· BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 565/12, NZA 2014, 602. Πρβλ. ευρύτερα σχετικά με την απόλυση λόγω χρήσης ναρκωτικών ουσιών Εφ.Θεσσ. 1520/2006, Αρμ 2006, 1457· και σχετικά με το ζήτημα της απουσίας από την εργασία λόγω αλκοολισμού, από τη γερμανική νομολογία BAG, 18.03.2015 - 10 AZR 99/14, NZA 2015, 801.

35 Έτσι, με ρητή διάταξη, το άρθρο 4 της Disability Discrimination Act της Αυστραλίας.

36 Section 3 της «Americans with Disabilities Act of 1990» (42 U.S.C. 12102), όπως τροποποιήθηκε με την Section 4 της «ADA Amendments Act of 2008» (Public Law 110-325).

καταστολή ή ύφεση των συμπτωμάτων μέσω φαρμακευτικών ή άλλων παρεμβάσεων. Η προσέγγιση αυτή είναι βεβαίως ορθή: πρώτον, διότι η αντίθετη άποψη θα δημιουργούσε εσωτερική αντίφαση με την αξιολόγηση βοηθημάτων που χρησιμοποιούνται σε άλλες μορφές αναπηρίας, όπως τα αναπηρικά αμαξίδια ή τα τεχνητά μέλη· δεύτερον, διότι σε διαφορετική περίπτωση η διάγνωση της αναπηρίας θα έπρεπε να επικαιροποιείται διαρκώς επί τη βάση της εκάστοτε τήρησης ή αποτελεσματικότητας της φαρμακευτικής αγωγής, δημιουργώντας έτσι ανασφάλεια δικαίου· και τρίτον, διότι η αντίθετη προσέγγιση θα δημιουργούσε κίνητρο στους ασθενείς να μην ακολουθούν τη συνιστώμενη φαρμακευτική αγωγή, προκειμένου να μην στερηθούν τη νομική προστασία που συνδέεται με την αναπηρία.

Όπως ήδη αναφέρθηκε, κρίσιμη παράμετρο για την έννοια της αναπηρίας, σύμφωνα με το κοινωνικό μοντέλο, αποτελούν τα περιβαλλοντικά εμπόδια και ιδίως το κοινωνικό στίγμα, τα στερεότυπα, οι προκαταλήψεις και ο αδικαιολόγητος φόβος. Οι καταστάσεις αυτές είναι πολύ συχνές ιδίως στις περιπτώσεις ψυχικών διαταραχών. Έτσι λοιπόν συχνά η αναπηρία μπορεί να προκληθεί αποκλειστικά και μόνον από τον αβάσιμο φόβο του εργοδότη ή άλλων εργαζομένων απέναντι στην ψυχική νόσο, παρά από την ίδια την κατάσταση της υγείας του θύματος της διάκρισης. Υπ' αυτό το πρίσμα, διάκριση λόγω αναπηρίας συνιστά και η λιγότερο ευνοϊκή μεταχείριση λόγω παρελθούσας νόσου με συνεχιζόμενο στίγμα, ασυμπτωματικής νόσου ή προβλεπόμενης μελλοντικής νόσου που προκαλεί φόβο. Γενικότερα, αθέμιτη είναι καταρχήν κάθε διάκριση λόγω νομιζόμενης αναπηρίας, όταν δηλαδή η λιγότερο ευνοϊκή μεταχείριση οφείλεται αιτιωδώς στην υποψία ή αβάσιμη πεποίθηση περί ύπαρξης αναπηρίας ή χρόνιας πάθησης, μολονότι κάτι τέτοιο στην πραγματικότητα δεν ισχύει. Με άλλες λέξεις, κρίσιμο στοιχείο στις περιπτώσεις αυτές είναι ότι η αναπηρία ή η χρόνια πάθηση αποτέλεσε τον λόγο της λιγότερο ευνοϊκής μεταχείρισης, ασχέτως του αν το ίδιο το φερόμενο θύμα της διάκρισης έπασχε όντως από τέτοιο πρόβλημα υγείας. Η διεύρυνση αυτή της έννοιας της διάκρισης έχει αποτυπωθεί ρητά στη θεμελιώδη απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης *Coleman*.³⁷ Με αυτήν κρίθηκε ότι η προστασία έναντι των διακρίσεων ενεργοποιείται ακόμα και όταν το κρίσιμο χαρακτηριστικό γνώρισμα που αποτέλεσε την αιτία της λιγότερο ευνοϊκής μεταχείρισης το φέρει όχι το ίδιο το θύμα της διάκρισης αλλά ένα πρόσωπο στενά συνδεδεμένο με αυτό (εν προκειμένω μία γραμματέας δικηγορικής εταιρείας υφίστατο ηθική παρενόχληση εξαιτίας της αναπηρίας του γιου της). Ήδη μάλιστα τόσο η «διάκριση λόγω σχέσης» όσο και η «διάκριση λόγω νομιζόμενων χαρακτηριστικών» προστέθηκαν ρητά ως ειδικότερες μορφές διάκρισης στον ν. 4443/2016.

37 ΔΕΕ (μείζ. σύνθ.) C-303/06, απόφαση της 17^{ης} Ιουλίου 2008, *Coleman*, Συλλ. 2008, σ. I-05603, = ΕΕργΔ 2013, σ. 831 (σχ. Ν. Γαβαλά, ΕΕργΔ 2013, σ. 798 επ.).

Πολύ συχνό πρακτικό πρόβλημα βεβαίως, ιδίως στις περιπτώσεις ψυχοκοινωνικής αναπηρίας, αποτελεί η δυσκολία διάγνωσης.³⁸ Κρίσιμη βεβαίως είναι σε κάθε περίπτωση η ιατρική εκτίμηση. Αυτή μπορεί να προέρχεται από οποιαδήποτε πηγή, όπως κατεξοχήν τον θεράποντα ιατρό του εργαζομένου ή τον ιατρό εργασίας της επιχείρησης. Ακόμα και τότε, πάντως, δεν είναι σπάνια η περίπτωση αντιφατικών ιατρικών διαγνώσεων. Τόσο η εγγενής δυσκολία διάγνωσης των περισσότερων προβλημάτων ψυχικής υγείας μέσω μετρήσιμων βιολογικών δεικτών και η συνακόλουθη επικέντρωση στα συμπτώματα, όσο και η κριτική σχετικά με την τάση «υπερδιάγνωσης» ως παθολογικών καταστάσεων των «φυσιολογικών» εκδηλώσεων έντονου άγχους ή δυσθυμίας,³⁹ αντανακλούν ακριβώς την αίσθηση ανασφάλειας που επικρατεί ως προς τη διάγνωση σχετικά ελαφρών ψυχικών διαταραχών. Στο κοινωνικό επίπεδο, ωστόσο, η απροθυμία διάγνωσης των προβλημάτων ψυχικής υγείας τροφοδοτείται και από το στίγμα και τα στερεότυπα που συνοδεύουν τις συγκεκριμένες παθήσεις. Σε συνδυασμό μάλιστα με την έλλειψη ορατών σωματικών συμπτωμάτων, όπως στις «κλασικές» περιπτώσεις σωματικής αναπηρίας (π.χ. τετραπληγίας, τύφλωσης κ.λπ.), η επίκληση της ψυχικής διαταραχής από τον πάσχοντα ερμηνεύεται συχνά, σε ένα πλαίσιο γενικευμένης καχυποψίας, ως δικαιολογία ή πρόφαση για την αποφυγή υποχρεώσεων ή ευθυνών. Σημαντικό εμπόδιο επίσης αποτελεί η διακύμανση της έντασης των συμπτωμάτων, που παρατηρείται συχνά ιδίως στις ψυχικές παθήσεις, με αποτέλεσμα να προκύπτουν αμφισβητήσεις ως προς το κατά πόσον πληρούται η προϋπόθεση της μακροχρόνιας διάρκειας.⁴⁰ Πάντως, κατά κανόνα, μόνη η επεισοδιακή εκδήλωση της νόσου, η οποία είναι αρκετά συνήθης στις ψυχικές νόσους, με σποραδική και απρόβλεπτη εκδήλωση συμπτωμάτων την οποία διαδέχεται περίοδος ύφεσης, δεν θα πρέπει να οδηγήσει αυτομάτως στο συμπέρασμα ότι η πάθηση δεν είναι μακροχρόνια.⁴¹

Κρίσιμη βεβαίως εν προκειμένω για την απόλαυση της ουσιαστικής προστασίας είναι και η αποδεικτική διευκόλυνση που, ως γνωστόν, προβλέπεται για όποιον επικαλείται την ύπαρξη διάκρισης.⁴² Σε αυτό το πλαίσιο, η ύπαρξη σχετικής ιατρικής βεβαίωσης θα

38 Πρβλ. Bell, *ό.π.* (υποσ. 2) σ. 202-203· James, *ό.π.* (υποσ. 1), σ. 521 επ.· Waddington και Bell, *ό.π.* (υποσ. 1), σ. 37.

39 Βλ. ενδεικτικά N. Craddock και L. Mynors-Wallis, «Psychiatric diagnosis: impersonal, imperfect and important», *The British Journal of Psychiatry* 2014, σ. 93-94· J. Cornall, «DSM-5: a fatal diagnosis?», *British Medical Journal* 2013, <http://www.bmj.com/content/346/bmj.f3256> (τελ. επίσκεψη 20.10.2017).

40 Waddington και Bell, *ό.π.* (υποσ. 1), σ. 37.

41 Πρβλ. στο πλαίσιο του δικαίου των Η.Π.Α. P. Mastroianni και C. Miasko, «Coverage of Psychiatric Disorders under the Americans with Disabilities Act», *VillRev* 1997, σ. 725-726.

42 Βλ. Δ. Γούλα, «Η κατανομή του βάρους απόδειξης στο πεδίο της απαγόρευσης των διακρίσεων κατά το Ενωσιακό Δίκαιο - Ένα παράδειγμα της σημασίας των αποδεικτικών διευκολύνσεων για την προστασία των ουσιαστικών δικαιωμάτων», σε: Ε.Νο.Β.Ε. (επιμ.), *Επετειακός Τόμος - 30 Χρόνια*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σ. 169 επ. με εκτενείς περαιτέρω παραπομπές.

πρέπει κατά κανόνα να θεωρείται καταρχήν επαρκής ένδειξη υπέρ της επικαλούμενης ψυχικής διαταραχής.⁴³ Θα πρέπει να τονισθεί όμως και πάλι στο σημείο αυτό ότι κρίσιμη (και) για την μετάθεση του βάρους απόδειξης στον εργοδότη δεν είναι η ύπαρξη ή μη προβλήματος ψυχικής υγείας ούτε η θετική γνώση του εργοδότη για την ύπαρξή του, αλλά ότι το πρόβλημα αυτό – είτε πραγματικό είτε εικαζόμενο – αποτέλεσε μία από τις αιτίες της λιγότερο ευνοϊκής μεταχείρισης.

4. Η πραγματοποίηση εύλογων προσαρμογών

Μία από τις θεμελιώδεις έννομες συνέπειες της ύπαρξης αναπηρίας (σύμφωνα με το άρθρο 5 της Οδηγίας 2000/78 και τη Σύμβαση του ΟΗΕ για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρίες) ή και χρόνιας πάθησης (κατά τον ν. 4443/2016) είναι η υποχρέωση του εργοδότη να προβεί σε «εύλογες προσαρμογές». Πρόκειται για μια ενδιαφέρουσα έννοια, η οποία συνδέεται ευθέως τόσο με το κοινωνικό μοντέλο της αναπηρίας όσο και με τις γενικές αρχές της ισότητας (ανόμοια μεταχείριση των ανόμοιων περιπτώσεων) και της αναλογικότητας. Πέραν τούτων όμως, η έννοια των εύλογων προσαρμογών επανακαθορίζει παραδοσιακούς τόπους των εργασιακών σχέσεων, όπως είναι λ.χ. η απρόσωπη διαμόρφωση των θέσεων εργασίας με αποκλειστικό γνώμονα τις απαιτήσεις της επιχείρησης, χωρίς να λαμβάνονται υπ' όψιν εξατομικευμένα οι ιδιαιτερότητες ή οι ανάγκες των συγκεκριμένων εργαζομένων που τις καλύπτουν.⁴⁴ Μάλιστα με ρητές διατάξεις τόσο του ν. 4443/2016 όσο και της Σύμβασης του ΟΗΕ για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρίες, η οποία έχει κυρωθεί με τον ν. 4074/2012, τυποποιείται ρητώς η «άρνηση εύλογων προσαρμογών» ως ειδικότερη μορφή διάκρισης.⁴⁵

Σε αυτό το πλαίσιο, η έννοια των εύλογων προσαρμογών έχει ερμηνευτεί με εξαιρετική ευρύτητα και περιλαμβάνει κάθε είδους μέτρα πρακτικής, τεχνικής, οργανωτικής ή εκπαιδευτικής φύσης, αρκεί να είναι τα ενδεδειγμένα για την επίτευξη του στόχου της άρσης των περιβαλλοντικών εμποδίων και συνεπώς της ισότιμης και ουσιαστικής συμμετοχής

43 Πρβλ. ΔΕΕ C-531/15, απόφαση της 19ης Ιουλίου 2017, *Otero Ramos*, σκ. 71-73.

44 Bell, ό.π. (υποσ. 2) σ. 200. G. Davidov / G. Mundlak, «Accommodating All? (or: 'Ask Not What You Can Do for the Labour Market; Ask What the Labour Market Can Do for You')», σε: R. Blanpain / F. Hendrickx (επιμ.), *Reasonable Accommodation in the Modern Workplace - Potential and Limits of the Integrative Logics of Labour Law*, Bulletin of Comparative Labour Relations - 93, Kluwer Law International, 2016, σ. 191 (201 επ.).

45 Μολονότι δεν υπάρχει νομολογία του ΔΕΕ επί του ζητήματος αυτού, η Γενική Εισαγγελέας Sharpston, C-270/16, Προτάσεις της 19^{ης} Οκτωβρίου 2017, *Conejero*, σκ. 41 έκανε δεκτό ότι κάτι τέτοιο ισχύει και στο πλαίσιο της Οδηγίας 2000/78.

των θιγόμενων ατόμων στην επαγγελματική ζωή.⁴⁶ Τα μέτρα αυτά, των οποίων η απαρίθμηση στα σχετικά κείμενα είναι ενδεικτική, περιλαμβάνουν όχι μόνο την προσβασιμότητα του χώρου εργασίας και την κατάλληλη εργονομική διαρρύθμιση των υποδομών και του εξοπλισμού αλλά και οργανωτικής φύσης μέτρα, όπως η αλλαγή βάρδιας, η μείωση του ωραρίου⁴⁷ ή του ρυθμού εργασίας, η αλλαγή του χώρου εργασίας, η τηλεργασία, η επίβλεψη ή υποβοήθηση από άλλον εργαζόμενο, η παροχή κατάλληλης εκπαίδευσης κ.ο.κ.⁴⁸ Ως τέτοιο παράδειγμα «εύλογων προσαρμογών» μπορεί να νοηθεί επίσης και η μετάθεση ή παραμονή σε τόπο εργασίας εγγύτερο στον τόπο κατοικίας, ευκολότερα προσβάσιμο ή ενδεχομένως γειτνιάζοντα με απαραίτητες υγειονομικές εγκαταστάσεις.⁴⁹ Επίσης εύλογη προσαρμογή μπορεί να αποτελεί η χορήγηση άδειας, είτε πρόκειται για την ετήσια άδεια με αποδοχές είτε για άδεια άνευ αποδοχών, εφόσον το μέτρο αυτό ενδείκνυται για τη συγκεκριμένη περίπτωση, χωρίς φυσικά να θίγεται το δικαίωμα λήψης αναρρω-

46 Βλ. την αιτιολογική σκέψη 20 της Οδηγίας 2000/78/ΕΚ: «Πρέπει να προβλέπονται κατάλληλα μέτρα, δηλαδή μέτρα αποτελεσματικά και πρακτικά για τη διαμόρφωση της θέσης εργασίας ανάλογα με τις ειδικές ανάγκες, παραδείγματος χάριν με τη διαμόρφωση του χώρου ή με προσαρμογή του εξοπλισμού, του ρυθμού εργασίας, της κατανομής καθηκόντων ή της παροχής μέσων κατάρτισης ή παιδείας». Βλ. επίσης ΔΕΕ ΗΚ Danmark, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 49-56. Πρβλ. και τις από 6.12.2012 Προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως Kokott, C 335/11 και C 337/11, ΗΚ Danmark, σκ. 48-60.

47 Βλ. και ΜονΕφΑθ 3796/2012, ΤΝΠ Nomos. Πάντως, στον βαθμό που η μετάπτωση σε καθεστώς μερικής απασχόλησης λαμβάνει χώρα (με τη συναίνεση βεβαίως του εργαζομένου) ως εκπλήρωση νομικής υποχρέωσης του εργοδότη λόγω της αναπηρίας του μισθωτού, εφόσον στη συνέχεια ληφθούν άλλες εύλογες προσαρμογές ή η κατάσταση αναπηρίας τυχόν λήξει, θα πρέπει να επανέλθουμε αυτομάτως στο καθεστώς (πλήρους) απασχόλησης που ίσχυε προηγουμένως, εκτός εάν τα μέρη συμφωνήσουν τότε διαφορετικά.

48 Βλ. ΔΕΕ ΗΚ Danmark, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 49-56. Πρβλ. και Προτάσεις ΓΕ Kokott, ΗΚ Danmark, ό.π. (υποσ. 46), σκ. 48-60. Βλ. εκτενώς D. Ferri και A. Lawson, *Reasonable accommodation for disabled people in employment contexts - A legal analysis of the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, Brussels, European Commission 2016, ιδίως σ. 47επ. Αξιοσημείωτο είναι και το δικαιοσυγκριτικά συναφές παράδειγμα της έννοιας των εύλογων προσαρμογών στις Η.Π.Α.: The U.S. Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), *Enforcement Guidance: Reasonable accommodation and undue hardship under the Americans with Disabilities Act*, <https://www.eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html#burdens> (τελ. επίσκεψη 20.10.2017). Ενδιαφέρουσα δικαιοσυγκριτική ανάλυση βλ. και σε R. Sahlin, «Reasonable accommodation for faculty with psychosocial impairment: A legal analysis of the university's duties in the US, the UK and Sweden», *IJDL* 2009, σ. 70επ.

49 Πρβλ. ΜονΠρΑθ 2048/2008, ΤΝΠ Nomos, την οποία απασχόλησε η αντίστροφη περίπτωση: Ανάπηρη τραπεζική υπάλληλος τοποθετήθηκε κατόπιν αναγκαστικής πρόσληψης στο πλησιέστερο προς την κατοικία της κατάστημα. Μεταγενέστερα, κατ' ενάσκηση δυνατότητας που προβλέπεται στον Κανονισμό Εργασίας της, η τράπεζα μετέθεσε την υπάλληλο σε πιο απομακρυσμένο κατάστημα, επικαλούμενη την ανάγκη κάλυψης επείγουσας ανάγκης και την έλλειψη άλλου διαθέσιμου υπαλλήλου χωρίς αναπηρία. Το δικαστήριο έκρινε ότι μετάθεση έγινε κατά κατάχρηση δικαιώματος του εργοδότη και κατά παραβίαση του ν. 3304/2005, δεδομένου ότι δεν ελήφθη επαρκώς υπ' όψιν η πρόσθετη καταπόνηση του συγκεκριμένου ατόμου με ειδικές ανάγκες, η οποία μάλιστα ευχερώς θα μπορούσε να αποφευχθεί με την μετάθεση άλλου υπαλλήλου. Πρβλ. και Συνήγορο του Πολίτη, *Καταπολέμηση των διακρίσεων - Ειδική Έκθεση 2015*, σ. 106.

τικής άδειας όταν αυτή επιβάλλεται ιατρικά. Συναφές είναι και το ζήτημα της σταδιακής επανόδου και επανένταξης στην εργασία μετά από απουσία λόγω αναπηρίας.⁵⁰ Εφόσον είναι αναγκαίο, τα μέτρα αυτά θα πρέπει να περιλαμβάνουν ακόμα και την κατάλληλη τροποποίηση των ασκούμενων καθηκόντων, είτε με την απαλλαγή του εργαζομένου από περιφερειακά καθήκοντά του που δεν μπορεί πλέον να ασκήσει είτε με τη μετακίνησή του σε άλλη κενή θέση.⁵¹ Τέλος, πολύ ενδιαφέροντα ζητήματα ανακύπτουν και αναφορικά με την υλοποίηση εύλογων προσαρμογών κατά τη διαδικασία πρόσληψης, η οποία εμπίπτει επίσης στο αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2000/78. Έτσι, σε περίπτωση λ.χ. διαγωνισμού πρόσληψης, ο εργοδότης θα πρέπει να διασφαλίσει ότι έχουν αρθεί όλα τα εμπόδια που ενδεχομένως παρακωλύουν την πρόσβαση ανάπηρου υποψηφίου στην απασχόληση.⁵²

50 Bell, *ό.π.* (υποσ. 2) σ. 212-215 με παραπομπές στην πλούσια συναφή νομολογία του Ηνωμένου Βασιλείου. Συναφής θεσμός στο γερμανικό δίκαιο είναι το Betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM). Βλ. σχετικά U. Preis, *Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht*, 4. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2012, σ. 851-852· B. Schiefer, “Das betriebliche Eingliederungsmanagement (bEM)”, *RdA* 2016, σ. 196· T. Beck, “Betriebliches Eingliederungsmanagement”, *NZA* 2017, σ. 81· I. Riechert / E. Habib, *Betriebliches Eingliederungsmanagement bei Mitarbeitern mit psychischen Störungen*, Springer Verlag, 2017, ιδίως σ. 5 επ., 32 επ. και 75 επ.

51 Έτσι ήδη ΑΠ 876/1989, *TNI Nomos*· ΑΠ 750/2016, *ΕΕργΔ* 2017, σ. 408: «Συναφώς η επιχείρηση, μπορούσε να τον τοποθετήσει σε θέση αποθηκάρου ή σε μια θέση στην Πύλη της βιομηχανίας, όπως τούτο επιβαλλόταν να πράξει κατά τους κανόνες της καλής πίστης, εφόσον ο ενάγων είχε ζητήσει και αποδεχόταν να εργασθεί στις θέσεις αυτές και μπορούσε να αντεπεξέλθει στις υποχρεώσεις που η τοποθέτηση σε μια από αυτές συνεπαγόταν, διότι διέθετε τα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα. Εφόσον λοιπόν η εναγομένη αρνήθηκε να προσαρμόσει την απασχόλησή του στην φυσική του κατάσταση παρά τις δυνατότητες προσαρμογής ένταξης και υποβοήθησης και να δεχθεί τις υπηρεσίες που πρόσφερε σ' αυτήν κανονικά και με προσήκοντα τρόπο στην συγκεκριμένη περίπτωση ο ενάγων, έγινε υπερήμερη και ως εκ τούτου είναι υποχρεωμένη να καταβάλει σ' εκείνον τους αιτούμενους μισθούς υπερημερίας· ΜονΠρωτΘεσσ 1011/1979 Αρμ 1979, σ. 743. Παρομοίως και η Σύνοψη Διαμεσολάβησης του Συνηγόρου του Πολίτη με ημερομηνία Δεκέμβριος 2015 και τίτλο «Ανάθεση διαφορετικών καθηκόντων σε Τεχνολόγο-Ακτινολόγο λόγω προβλήματος υγείας επαγγελματικής αιτιολογίας», διαθέσιμη στην ιστοσελίδα <https://www.synigoros.gr/?i=equality.el.imdworkpublic.438955> (τελ. επίσκεψη 20.12.2017). Πρβλ. επίσης Συνήγορο του Πολίτη, *Καταπολέμηση των διακρίσεων - Ειδική Έκθεση 2015*, σ. 107. Αντιθέτως, το αυστριακό Ακυρωτικό έχει κρίνει ότι η εργοδοτική υποχρέωση εύλογων προσαρμογών δεν περιλαμβάνει την αλλαγή των καθηκόντων που ο μισθωτός οφείλει βάσει της σύμβασης να παρέχει: βλ. OGH 29.04.2014 - 9ObA165/13z, διαθέσιμη στην ιστοσελίδα του δικαστηρίου <http://www.ogh.gv.at/entscheidungen/> (τελ. επίσκεψη 20.10.2017).

52 Βλ. σχετικά την πολύ ενδιαφέρουσα ΣτΕ 3729/2011, *TNI Nomos*, η οποία ακύρωσε διαγωνισμό πρόσληψης συμβολαιογράφων, διότι δεν είχαν ληφθεί επαρκή μέτρα, έτσι ώστε ο χώρος των εξετάσεων να είναι κατάλληλα διαμορφωμένος για άτομα με ειδικές ανάγκες. Δεδομένου, λοιπόν, ότι μία υποψήφια με αναπηρία στερήθηκε ακόμα και την δυνατότητα πρόσβασης σε τουαλέτα, κρίθηκε πως η παράλειψη αυτή της διοίκησης συνιστά «έμμεση δυσμενή διάκριση» σε βάρος της. Πρβλ. συναφώς ΕΔΔΑ *Çam v Turkey*, αρ. προσφ. 51500/08, απόφαση της 23^{ης} Φεβρουαρίου 2016. Βλ. επίσης τη Σύνοψη διαμεσολάβησης του Συνηγόρου του Πολίτη με ημερομηνία «Μάιος 2015» και τίτλο «Διακριτική μεταχείριση λόγω ψυχικής αναπηρίας σε προκήρυξη του ΟΑΕΔ». Αντιθέτως, με την ΔΕφΑΘ 1877/2007, *TNI Nomos*, κρίθηκε ότι περιεχόμενο της προστασίας που διασφαλίζει για τα άτομα με ειδικές ανάγκες ο ν. 3304/2005, ο οποίος

Σε αντίθεση πάντως με τη θεμελίωση της διάκρισης, για την οποία δεν απαιτείται θετική γνώση του ύποπτου χαρακτηριστικού γνωρίσματος από τον εργοδότη, ειδικά για την ενεργοποίηση της υποχρέωσης εύλογων προσαρμογών προϋποτίθεται ότι ο εργοδότης έχει λάβει γνώση των περιορισμών που αντιμετωπίζει ο εργαζόμενος σε σχέση με την υγεία του.⁵³ Η προϋπόθεση αυτή τίθεται διότι οι εύλογες προσαρμογές αφορούν ακριβώς τη λήψη εξατομικευμένων μέτρων που αίρουν τα περιβαλλοντικά εμπόδια για την ισότιμη συμμετοχή του συγκεκριμένου ατόμου στην επαγγελματική ζωή. Στον βαθμό που ο εργοδότης αγνοεί την κατάσταση της υγείας του εργαζομένου, δεν είναι σε θέση να εκτιμήσει τα περιβαλλοντικά εμπόδια και να λάβει τα κατάλληλα μέτρα. Κρίσιμο λοιπόν στοιχείο είναι η γνώση του εργοδότη. Πάντως η γνώση αυτή δεν απαιτείται να καλύπτει ακόμα και λεπτομέρειες της πάθησης, αλλά αρκεί απλώς η γενική γνώση του οφειλόμενου σε αυτήν περιορισμού, προκειμένου ο ίδιος εν συνεχεία (σε συνεργασία και με τον εργαζόμενο) να αναζητήσει τις κατάλληλες προσαρμογές. Βεβαίως, στις προφανείς περιπτώσεις εξωτερικά ορατών μορφών αναπηρίας (π.χ. παραπληγία, τύφλωση κ.λπ.) απαιτείται γνωστοποίηση μόνο ως προς ειδικότερες παραμέτρους τις οποίες ο εργοδότης ενδεχομένως δεν μπορεί να διαγνώσει αυτοδύναμα.⁵⁴ Κατά τα λοιπά πάντως, όπως λ.χ. στις περισσότερες μορφές προβλημάτων ψυχικής υγείας, που δεν είναι αμέσως διαγνώσιμα, χρειάζεται η κατάσταση της υγείας να έχει γνωστοποιηθεί στον εργοδότη είτε από τον εργαζόμενο είτε από οποιοδήποτε τρίτο πρόσωπο, εκτός αν αποδεικνύεται ότι ο εργοδότης είχε λάβει γνώση με άλλον τρόπο. Κρίσιμο είναι επίσης αν ο εργοδότης, με βάση τις πληροφορίες που διέθετε, όφειλε να έχει διαγνώσει την αναπηρία (π.χ. εξαιτίας των επανειλημμένων αναρρωτικών αδειών που είχε λάβει ο εργαζόμενος).⁵⁵ Εξάλλου, το ότι ο εργαζόμενος δεν αποκάλυψε την αναπηρία του και τη συνακόλουθη ανάγκη εύλογων προσαρμογών κατά τη διαδικασία πρόσληψης ή και αργότερα κατά τη λειτουργία της σχέσης εργασίας, ουδόλως επηρεάζει τη γέννηση ή το περιεχόμενο της υποχρέωσης του εργοδότη, η οποία ενεργοποιείται πλήρως από τη στιγμή που αυτός λαμβάνει γνώση των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών.

ενσωμάτωσε στο ελληνικό δίκαιο την Οδηγία 2000/78/ΕΚ, δεν περιλαμβάνει και την υποχρέωση προκήρυξης ειδικών θέσεων εργασίας για τα άτομα αυτά.

53 Προτάσεις ΓΕ Sharpston, Conejero, ό.π. (υποσ. 45), σκ. 36-37.

54 Προτάσεις ΓΕ Sharpston, Conejero, ό.π. (υποσ. 45), σκ. 38-39. Πάντως, η Επιτροπή για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία, η οποία λειτουργεί στο πλαίσιο της Σύμβασης του ΟΗΕ, δέχθηκε στην υπόθεση *X v Argentina*, Communication No. 8/2012, ότι απαιτείται όχι απλώς γνώση του υπόχρεου να προβεί σε εύλογες προσαρμογές αλλά και συγκεκριμένο αίτημα του ατόμου με αναπηρία. Ωστόσο, ούτε στο δίκαιο της ΕΕ ούτε στη Σύμβαση του ΟΗΕ αναφέρεται κάτι σχετικό. Επίσης η συγκεκριμένη υπόθεση αφορούσε την περίπτωση φυλακισμένου ατόμου με αναπηρία και πιθανώς η στάση της επιτροπής ανταποκρίνεται στις ιδιαιτερότητες της συγκεκριμένης κατηγορίας προσώπων.

55 Waddington και Bell, ό.π. (υποσ. 1), σ. 81επ. Πρβλ. ΑΠ 439/2016 και ΑΠ 1473/1997, *TNI Nomos*. Επίσης ΑΠ 71/1991, *ΕΕργΔ* 1992, 809.

Προϋπόθεση, βεβαίως, για τη γέννηση της ανωτέρω εργοδοτικής υποχρέωσης, είναι οι προσαρμογές αυτές να μη συνεπάγονται δυσανάλογη επιβάρυνση για τον εργοδότη.⁵⁶ Όπως προκύπτει ειδικότερα από την αιτιολογική σκέψη 21 της Οδηγίας 2000/78, ως κριτήρια για την διάγνωση του ευλόγου της επιβάρυνσης του εργοδότη πρέπει να συνεκτιμηθούν, μεταξύ άλλων, το οικονομικό και άλλο κόστος που έχει ένα τέτοιο μέτρο, το μέγεθος και οι οικονομικοί πόροι της επιχείρησης, καθώς και η δυνατότητα εξασφάλισης δημόσιων κονδυλίων ή οποιασδήποτε άλλης ενίσχυσης. Σημαντικό είναι πάντως ότι δεν πρέπει να συνυπολογίζεται μόνο το αμιγώς χρηματικό κόστος των επίμαχων μέτρων αλλά και οι κάθε είδους δυσμενείς επιπτώσεις στην οργάνωση και λειτουργία της επιχείρησης. Τέλος, ως ειδικότερη απόρροια της αρχής της αναλογικότητας, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εφόσον διαπιστώνεται ότι υπάρχουν περισσότερες εύλογες προσαρμογές που επιτυγχάνουν εξίσου αποτελεσματικά τον στόχο της άρσης των εμποδίων, τότε η επιχείρηση δικαιούται να επιλέξει ελεύθερα μεταξύ αυτών το λιγότερο επιβαρυντικό για την ίδια μέτρο.

5. Η λήψη μέτρων προστασίας από τη σκοπιά της διασφάλισης της υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων

Αξίζει να επισημανθεί πάντως στο σημείο αυτό ότι το ζήτημα της λήψης μέτρων προστασίας (και) της ψυχικής υγείας του εργαζομένου αντιμετωπιζόταν παραδοσιακά στο ελληνικό εργατικό δίκαιο ως περιεχόμενο της «υποχρέωσης πρόνοιας» του εργοδότη, στο πλαίσιο των άρθρων 57, 662 και 288 ΑΚ.⁵⁷ Όπως κρίθηκε χαρακτηριστικά στη νομολογία,⁵⁸ η γενική αυτή υποχρέωση «απορρέει από το άρθρο 662 ΑΚ, σύμφωνα με το οποίο ο εργοδότης οφείλει να διαρρυθμίζει τα σχετικά με την παροχή της εργασίας και το χώρο αυτής έτσι, ώστε να προστατεύεται η ζωή και η υγεία του εργαζόμενου. Η εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής πρέπει να γίνεται σύμφωνα με την καλή πίστη, αφού ληφθούν υπ' όψη και τα συναλλακτικά ήθη

56 Κατά την ΓΕ Sharpston, Conejero, ό.π. (υποσ. 45), σκ. 35, «θα πρέπει να επιχειρείται μια σχετική στάθμιση συμφερόντων».

57 Ι. Κουκιάδης, *Εργατικό Δίκαιο - Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις και το Δίκαιο της Ευελιξίας της Εργασίας*, Η' Έκδοση, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σ. 812 επ.· Δ. Ζερδελής, *Εργατικό Δίκαιο - Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις*, Γ' Έκδοση, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2015, σ. 743 επ.· Ι. Ληξουριώτης, *Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις*, Αθήνα, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σ. 582-583· Γ. Λεβέντης και Κ. Παπαδημητρίου, *Ατομικό Εργατικό Δίκαιο*, Αθήνα, Εκδόσεις ΔΕΝ, 2011, σ. 788-790. Ειδικά για το ζήτημα της προστασίας της ψυχικής υγείας των εργαζομένων βλ. Ξ. Κοντιάδης / Κ. Παπαδημητρίου / Β. Γεωργακοπούλου / Δ. Στεφανίδης, ό.π. (υποσ. 2), σ. 38 επ. Ευρύτερα για το ζήτημα αυτό βλ. την ενδιαφέρουσα ανάλυση των C. Becker, *Die fähigkeitsgerechte Beschäftigung und die Bedeutung des Arbeitsschutzrechts für die Beschäftigungspflicht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2015, ιδίως σ. 152 επ.· Κ. Helmer, *Stress am Arbeitsplatz als Herausforderung für das Arbeitsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2014, ιδίως σ. 32 επ.

58 ΑΠ 1293/2013, ΤΝΠ Nomos.

(άρθρ. 288 ΑΚ). Και αντίθετα, παράβαση της ως άνω υποχρέωσης πρόνοιας του εργοδότη δεν μπορεί να βοηθεί, όταν οι σ` αυτόν αποδιδόμενες παραλείψεις ούτε από το νόμο ή τη σύμβαση επιβάλλονται ως θετικές ενέργειες, ούτε από την καλή πίστη υπαγορεύονται ως συνήθεις ή ευλόγως αναμενόμενες συμπεριφορές στο πλαίσιο της αποδοχής συγκεκριμένης εργασίας». Σε αυτό το πλαίσιο, οι επιμέρους υποχρεώσεις του εργοδότη είναι ευέλικτες και διαμορφώνονται λαμβανομένων κάθε φορά υπ' όψιν των εκάστοτε πραγματικών περιστάσεων.⁵⁹

Πέραν πάντως της γενικής υποχρέωσης πρόνοιας του εργοδότη, το κύριο σώμα των ειδικότερων υποχρεώσεων του για την προστασία της (σωματικής αλλά και ψυχικής) υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων περιλαμβάνεται στον ν. 3850/2010, όπου κωδικοποιήθηκε το μεγαλύτερο μέρος της σχετικής νομοθεσίας που κατά κύριο λόγο ενσωμάτωνε στο ελληνικό δίκαιο τις αντίστοιχες Οδηγίες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, με κυριότερη την Οδηγία-πλαίσιο 90/270.⁶⁰ Καταρχάς, στο άρθρο 42 παρ. 1, 5, 6, 7 και 8 ν. 3850/2010 προβλέπεται τόσο η γενική υποχρέωση του εργοδότη να λάβει κάθε εύλογο μέτρο για την πρόληψη των ατυχημάτων όσο και μια σειρά ειδικότερων δράσεων και μέτρων, που εκτείνονται από τεχνικά και οργανωτικά μέτρα προφύλαξης μέχρι διαδικασίες συμμετοχής και διαβούλευσης. Κρίσιμο είναι ωστόσο ότι για την εκπλήρωση αυτής της γενικής εργοδοτικής υποχρέωσης προβλέπεται μόνον η επίτευξη του τελικού στόχου της προστασίας της υγείας και ασφάλειας των εργαζομένων, έτσι ώστε τα μέτρα που θα ληφθούν κάθε φορά να διαμορφώνονται κατά τρόπο ευέλικτο, λαμβανομένων υπ' όψιν των εκάστοτε περιστάσεων. Έτσι λοιπόν ο εργοδότης οφείλει κάθε φορά να προσαρμόζει την πολιτική υγείας και ασφάλειας της επιχείρησής του στις μεταβαλλόμενες εξελίξεις.

Το βασικό εργαλείο πάντως για την έγκαιρη διάγνωση και πρόληψη των κινδύνων είναι η γραπτή εκτίμηση επαγγελματικού κινδύνου, σύμφωνα με το άρθρο 43 ν. 3850/2010. Η εκτίμηση αυτή, την οποία οφείλει να έχει στη διάθεσή του ο εργοδότης, θα πρέπει να είναι γραπτή και έγκαιρη, αναλύοντας εξατομικευμένα τους κάθε είδους κινδύνους που συνδέονται με κάθε θέση εργασίας, είτε σχετίζονται με τον χώρο, τα μέσα ή τα εργαλεία εργασίας, τους περιβαλλοντικούς παράγοντες, την εργονομία, την τεχνολογία, τις διαδικα-

59 Βλ. συναφώς ΑΠ 876/1989, ΤΝΠ Νομος: «ο εργοδότης υποχρεούται, κατά τα άρθρα 288, 652 ΑΚ, ασκώντας το διευθυντικό δικαίωμα όπως απαιτεί η καλή πίστη, να λάβει πρόνοια υπέρ του μισθωτού και να αναθέσει σε αυτόν εργασία την οποία είναι ικανός να παράσχει»· ΑΠ 750/2016, ΕΕργΔ 2017, 402· ΜονΠρωτΘεσσ 1011/1979, Αρμ 1979, 743. Παρομοίως η ΔΕφΑθ 34/2011, ΤΝΠ Νομος, επιδίκασε χρηματική ικανοποίηση λόγω ηθικής βλάβης σε νοσηλεύτρια που έπασχε από χρόνια αλλεργία, της οποίας η υγεία επιβαρύνθηκε λόγω της παράλειψης του νοσοκομείου να λάβει τα αναγκαία μέτρα προστασίας.

60 Οδηγία 90/270/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 29ης Μαΐου 1990 σχετικά με τις ελάχιστες προδιαγραφές ασφάλειας και υγείας κατά την εργασία σε εξοπλισμό με οθόνη οπτικής απεικόνισης (πέμπτη ειδική οδηγία κατά την έννοια του άρθρου 16, παράγραφος 1, της οδηγίας 89/391/ΕΟΚ), ΕΕ L 156 (1990), σ. 14-18. Βλ. εκτενή ανάλυση ειδικά των μέτρων προστασίας της ψυχικής υγείας σε European Commission, *Promoting mental health in the workplace: Guidance to implementing a comprehensive approach*, Brussels, 2014, ιδίως σ. 21 επ.

οίες, την εργονομία, τη σωματική ή ψυχική καταπόνηση κ.λπ. είτε τον συνδυασμό μεταξύ περισσοτέρων εξ αυτών. Όπως προβλέπεται ειδικότερα στις παρ. 3 και 4 του άρθρου 43 ν. 3850/2010, η εκτίμηση αυτή θα πρέπει να εντοπίζει τόσο τις υφιστάμενες όσο και τις ενδεχόμενες πηγές κινδύνων και να διαπιστώνει τα μέτρα εξάλειψης ή αποφυγής τους.⁶¹

Εξάλλου, η συνέχιση της απασχόλησης του μισθωτού υπό τις ίδιες επιβαρυντικές συνθήκες, οι οποίες οδηγούν σε επιδείνωση της κατάστασης της υγείας του, ενδεχομένως γεννά αξιώσεις του έναντι του εργοδότη εξαιτίας εργατικού ατυχήματος ή επαγγελματικής νόσου.⁶² Χαρακτηριστική τέτοια περίπτωση ήταν αυτή που απασχόλησε την ΑΠ 998/2012⁶³, όπου κρίθηκε ως εργατικό ατύχημα η απόπειρα αυτοκτονίας υπαλλήλου κατόπιν συνεχιζόμενης υπέρμετρης ψυχολογικής πίεσης από πλευράς του εργοδότη. Σε αυτό το πλαίσιο το Ακυρωτικό επικύρωσε την εφετειακή απόφαση, όπου είχε κριθεί ότι «[ο]ι συνθήκες εργασίας της αναιρεσίβλητης [...] ήταν εκτάκτως δυσχερείς και ασυνήθιστες και είχαν προκαλέσει υπέρμετρη καταπόνηση του οργανισμού αυτής, η οποία είχε πολλές φορές διαμαρτυρηθεί για τις συνθήκες αυτές, χωρίς όμως να δίνεται λύση στο πρόβλημά της. Η συνεχής δε πίεση για την εκτέλεση όλων των παραπάνω καθηκόντων της, η απαίτηση του δεύτερου αναιρεσειόντος για αύξηση του όγκου της εργασίας της, με την ανάθεση και άλλης εργασίας σε διαφορετικό μάλιστα εργοδότη, η επιμονή του προς τούτο και η απειλητική και εξυβριστική συμπεριφορά του, προκάλεσαν την ψυχολογική και νευρική κατάπτωση της αναιρεσίβλητης, ενόψει μάλιστα και του κινδύνου που αντιμετώπιζε να απωλέσει την εργασία της, σε περίπτωση πραγματοποίησης της απειλής, αφού ήταν ανθρωπίνως αδύνατο να ανταπεξέλθει στην εκτέλεση όλων των καθηκόντων της, της οικονομικής ανάγκης που είχε για την εργασία της και τις εξ αυτής αποδοχές και της αδυναμίας της ή τουλάχιστον της μεγάλης δυσχέρειας εξευρέσεως άλλης εργασίας λόγω του ότι ήταν 50 ετών, με αποτέλεσμα, μη έχοντας την ικανότητα να αποφασίσει λογικά, να δημιουργηθούν σ' αυτήν τάσεις αυτοκαταστροφής και να προβεί στον αυτοτραυματισμό της».

61 Βλ. εκτενώς V. Stück, «Gefährdungsbeurteilung psychischer Belastungen in Recht und Praxis», *ArbRAktuell* 2015, σ. 515 επ.· S. Sasse και J. Schönfeld, «Rechtliche Aspekte psychischer Belastungen im Arbeitsverhältnis», *RdA* 2016, σ. 347-348.

62 Βλ. ειδικότερα ΟΛΑΠ 937/1975, *ΕΕργΔ* 1976, σ. 5· ΑΠ 1876/2005, *TNI Nomos*· ΑΠ 184/2005, *ΕλλΔνη* 2006, σ. 487· ΑΠ 981/2015, *TNI Nomos*· ΑΠ 226/2016, *TNI Nomos*. Πρβλ. και ΑΠ 669/1984, *NoB* 1985, 452. Ιδιαίτερως ενδιαφέρουσες σε αυτό το πλαίσιο είναι οι ακόλουθες αποφάσεις που αφορούν συγκεκριμένα την εμφάνιση προβλημάτων ψυχικής υγείας τα οποία, κατά τους ενάγοντες, συνδέονταν αιτιωδώς με την εργασία τους: ΑΠ 1286/1984, *NoB* 1985, σ. 811· ΑΠ 250/1995, *ΕΕργΔ* 1996, σ. 24· ΑΠ 792/2008, *ΧρΙΔ* 2010, σ. 71· ΑΠ 1293/2013, *ΕφΠειρ* 311/1993, *ΕφΠειρ* 83/1994, *ΕφΠειρ* 162/2003, *ΕφΠειρ* 745/2008, *ΜονΕφΠειρ* 319/2015, *ΜονΠρωτΠειρ* 207/1989, *ΜονΠρωτΠειρ* 22/1991, όλες δημοσιευμένες και στην *TNI Nomos*.

63 *TNI Nomos*.

6. Το όριο της προστασίας: Η εκτέλεση των βασικών καθηκόντων της θέσης απασχόλησης και οι περιπτώσεις έμμεσης διάκρισης

6.1 Η εκτέλεση των βασικών καθηκόντων της θέσης απασχόλησης

Όπως είναι βεβαίως αυτονόητο, η προστασία κατά των διακρίσεων δεν είναι απεριόριστη. Όριο της αποτελούν, από τη μία πλευρά, η πραγματική δυνατότητα επίτευξης του στόχου για ισότιμη και αποτελεσματική συμμετοχή στην επαγγελματική ζωή και, από την άλλη πλευρά, τα άξια προστασίας συμφέροντα του εργοδότη. Έτσι λοιπόν κατά την αιτιολογική σκέψη 17 της Οδηγίας 2000/78, «η παρούσα οδηγία δεν απαιτεί την πρόσληψη, προαγωγή ή διατήρηση στη θέση απασχόλησης ή την παροχή εκπαίδευσης σε άτομο που δεν είναι κατάλληλο, ικανό και πρόθυμο να εκτελεί τα βασικά καθήκοντα της εν λόγω θέσης απασχόλησης, ή να παρακολουθήσει έναν δεδομένο κύκλο εκπαίδευσης, με την επιφύλαξη της υποχρέωσης να προβλέπονται εύλογες προσαρμογές για τα πρόσωπα με ειδικές ανάγκες». Συναφώς, το ΔΕΕ έχει κρίνει ήδη στην απόφαση *Chacón Navas*⁶⁴ ότι «η απαγόρευση, όσον αφορά την απόλυση, της δυσμενούς διακρίσεως λόγω ειδικής ανάγκης, [...] αποκλείει απόλυση λόγω ειδικής ανάγκης η οποία, ακριβώς λόγω της υποχρέωσης των ευλόγων διαρρυθμίσεων για τα άτομα με ειδικές ανάγκες, δεν οφείλεται στο γεγονός ότι το οικείο άτομο δεν είναι κατάλληλο, ικανό και πρόθυμο να εκτελεί τα βασικά καθήκοντα της θέσεώς του». Παρομοίως το ΕΔΔΑ στην απόφαση *I.B. κατά Ελλάδας*⁶⁵ είχε αποδώσει ιδιαίτερη έμφαση στο γεγονός ότι η κατάσταση της υγείας του εργαζομένου ουδόλως επηρέασε αρνητικά την παροχή της εργασίας του ούτε υπήρχε αρνητική πρόβλεψη αναφορικά με τυχόν παρακώλυση της ομαλής λειτουργίας της εργοδότης επιχείρησης.

Προκειμένου λοιπόν να θεμελιωθεί η υπέρβαση των ορίων της προστασίας, θα πρέπει, κατ' αρχάς, ο εργαζόμενος να μην είναι κατάλληλος, ικανός και πρόθυμος να εκτελεί τα βασικά καθήκοντα της εν λόγω θέσης απασχόλησης. Κρίσιμο εν προκειμένω είναι σε τι ακριβώς συνίστανται τα «βασικά» καθήκοντα της θέσης εργασίας. Ως τέτοια θα πρέπει να νοούνται οι δραστηριότητες εκείνες χωρίς την εκτέλεση των οποίων δεν θα ήταν νοτιή η ύπαρξη της συγκεκριμένης θέσης εργασίας, λαμβανομένων υπ' όψιν των τροποποιήσεων που μπορούν να γίνουν στο πλαίσιο της υποχρέωσης εύλογων προσαρμογών. Σε περίπτωση σύνθετων καθηκόντων, που περιλαμβάνουν περισσότερες επιμέρους δραστηριότητες, λαμβάνεται υπ' όψιν η κύρια, από άποψη χρόνου και σπουδαιότητας, ειδικότητα.

Πέραν τούτου, όμως, απαραίτητη προϋπόθεση προκειμένου να εκτιμηθεί αφενός ποια είναι τα καθήκοντα που οφείλει να ασκεί ο εργαζόμενος και αφετέρου το κατά πόσον ο

⁶⁴ ΔΕΚ *Chacón Navas*, ό.π. (υποσ. 7), σκ. 51.

⁶⁵ ΕΔΔΑ *I.B. κ Ελλάδας*, αρ. προσφ. 552/10, απόφαση της 3^{ης} Οκτωβρίου 2013, σκ. 86-88.

ίδιος είναι κατάλληλος, ικανός και πρόθυμος να τα εκτελέσει, είναι να έχουν υλοποιηθεί προηγουμένως οι επιβαλλόμενες εύλογες προσαρμογές. Εφόσον δεν έχουν παρακαμφθεί τα περιβαλλοντικά εμπόδια που παρακωλύουν την ισότιμη και αποτελεσματική συμμετοχή του εργαζομένου στην επαγγελματική ζωή, δεν επιτρέπεται να θεωρηθεί ο εργαζόμενος ακατάλληλος, ανίκανος ή απρόθυμος να εκτελέσει τα βασικά του καθήκοντα. Όπως είναι προφανές, ο εργοδότης δεν μπορεί να επικαλείται υπέρ του μια κατάσταση στην οποία έχει συμβάλει ο ίδιος παραβιάζοντας τις σχετικές υποχρεώσεις του.⁶⁶ Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε, η άρνηση λήψης εύλογων προσαρμογών συνιστά ειδική μορφή διάκρισης σύμφωνα τόσο με τη Σύμβαση του ΟΗΕ όσο και τον ν. 4443/2016.

Πρόσθετη προστασία, πάντως, μπορεί να αναζητήσει ο μισθωτός εν προκειμένω στο εσωτερικό δίκαιο, όπου το κύρος της απόλυσης ελέγχεται βάσει της απαγόρευσης καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος (ΑΚ 281 και 288), υπό την ειδικότερη υποχρέωση να λειτουργεί η απόλυση ως *ultima ratio*,⁶⁷ υπό το φως και των συνοδευτικών περιστάσεων. Υπ' αυτό το πρίσμα, είναι παράνομη η απόλυση ανάπηρου εργαζομένου λόγω της ανικανότητάς του να ασκεί πλέον τα ίδια καθήκοντα, χωρίς να έχουν εξετασθεί ηπιότερες εναλλακτικές λύσεις, όπως λ.χ. της μετακίνησής του σε άλλη θέση, την οποία θα μπορούσε να καλύψει⁶⁸. Ενδιαφέρον είναι στο πλαίσιο αυτό ότι κατά το ά. 153 παρ. 1 του Δημοσιοϋπαλληλικού Κώδικα (ν. 3528/2007) «[ο] υπάλληλος απολύεται ύστερα από απόφαση του υπηρεσιακού συμβουλίου, αν διαπιστωθεί σωματική ή πνευματική ανικανότητα [...]».

66 ΔΕΕ, *HK Danmark*, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 66-67· Waddington και Bell, ό.π. (υποσ. 1), σ. 40-41· M. Bell, «Sickness Absence and the Court of Justice: : Examining the Role of Fundamental Rights in EU Employment Law», *European Law Journal* 2015, σ. 641 (653). Βλ. επίσης BAG 19.12.2013 - 6 AZR 190/12, NZA 2014, σ. 372 (378). Πάντως, κατά την ΓΕ Sharpston, Conejero, ό.π. (υποσ. 45), σκ. 43-44, μπορεί να κριθεί δικαιολογημένη η απόλυση ατόμου με αναπηρία λόγω ανικανότητας, απροθυμίας ή ακαταλληλότητας ακόμα και χωρίς την προηγούμενη πραγματοποίηση προσαρμογών, όταν αυτές είναι δυσανάλογες. Πρβλ. και ΓΕ Kokott, *HK Danmark*, ό.π. (υποσ. 46), σκ. 64. Αντιθέτως, η ΜονΕφΑθ 3796/2012, *TNI Nomos*, χρησιμοποίησε τη μείωση ωραρίου που ζήτησε ο εργαζόμενος ως βάση δικαιολόγησης της απόλυσής του, θεμελιώνοντας αρνητική πρόγνωση ως προς την ικανότητά του να παράσχει τη συμφωνημένη εργασία.

67 Βλ. αντί όλων Δ. Ζερδελή, *Η απόλυση ως ultima ratio*, Θεσσαλονίκη, Εκδ. Σάκουλας, 1991, ιδίως σ. 145 επ.· τον ίδιο, *Το δίκαιο της Καταγγελίας της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας*, Β' Έκδοση, Θεσσαλονίκη, Εκδ. Αντ. Σάκουλα, 2002, σ. 346 επ.· τον ίδιο, ό.π. (υποσ. 57) σ. 981 επ., με περαιτέρω παραπομπές στη νομολογία.

68 ΕφΑθ 6036/2001 ΕΕργΔ 2001, σ. 1267. Πρβλ. ΑΠ 750/2016 ΕΕργΔ 2017, σ. 402· ΑΠ 876/1989, ΔΕΝ 1990, σ. 662· ΜονΠρωτΘεσσ 1011/1979 Αρμ 1979, σ. 743· ΜονΠρωτΘηβ 56/2016, *TNI Nomos*. Βλ. επίσης ΜονΕφΠειρ 135/2015, Τ.Ν.Π. Nomos, όπου διαπιστώθηκε ότι δεν υπήρχε άλλη θέση στην επιχείρηση που να μην ενείχε κινδύνους για την υγεία του και της οποίας τα καθήκοντα ο ασθενής εργαζόμενος θα ήταν σε θέση να εκπληρώσει. Αντιθέτως, η ΕφΑθ 3796/2012, *TNI Nomos*, αξιοποίησε το αίτημα του ασθενούς εργαζομένου για μείωση του ωραρίου εργασίας ως ένδειξη υπέρ της εγκυρότητας της απόλυσής του εξαιτίας της αρνητικής πρόγνωσης για την εξέλιξη της εργασιακής σχέσης.

Δεν απολύεται ο υπάλληλος αν η ανικανότητα του επιτρέπει την άσκηση άλλων καθηκόντων»⁶⁹.

6.2 Ειδικότερα, η περίπτωση της έμμεσης διάκρισης και η δικαιολόγησή της

6.2.1 Η απόλυση λόγω υπέρβασης των χρονικών ορίων απουσίας λόγω ασθένειας

Αποτελεί συχνό φαινόμενο σε αλλοδαπές έννομες τάξεις να προβλέπονται ορισμένα χρονικά όρια απουσίας του μισθωτού από την εργασία λόγω ασθένειας πέραν των οποίων η καταγγελία της σύμβασης εκ μέρους του εργοδότη είτε θεωρείται κατ' αρχήν δικαιολογημένη είτε επιτρέπεται με ευνοϊκότερους για τον ίδιο όρους. Στο ελληνικό δίκαιο γίνεται δεκτό ότι, μολονότι η ασθένεια του εργαζομένου αυτή καθ' εαυτήν δεν δικαιολογεί την καταγγελία, είναι όμως κρίσιμες οι δυσμενείς επιδράσεις στην εργασιακή σχέση και γενικότερα στην ομαλή λειτουργία της επιχείρησης, που προκαλούνται από την οφειλόμενη σε ασθένεια του εργαζομένου απουσία του ή από τη μείωση της ικανότητας να παρέχει τη συμφωνημένη εργασία. Συνεπώς, η απόλυση του εργαζομένου εξαιτίας απουσιών λόγω ασθένειας που θεμελιώνουν αρνητική πρόγνωση ως προς την ομαλή εξέλιξη της εργασιακής σχέσης θεωρείται ότι κατ' αρχήν δεν υπερβαίνει τα όρια που θέτει το άρθρο 281 ΑΚ.⁷⁰ Ο κανόνας αυτός λαμβάνει ιδίως υπ' όψιν τα άξια προστασίας συμφέροντα της εργοδότης επιχείρησης, η οποία επιβαρύνεται ουσιωδώς από την αόριστης ή απρόβλεπτης διάρκειας απουσία του εργαζομένου λόγω ασθένειας. Εξάλλου, στον βαθμό που η επάνοδος του εργαζομένου στην επαγγελματική ζωή κρίνεται αδύνατη ή εξαιρετικά αμφίβολη ή δυσχερής, η στήριξη του εργαζομένου εναπόκειται πλέον πρωτίστως στο σύστημα κοινωνικής προστασίας και ασφάλισης.

Βεβαίως, η απόλυση του εργαζομένου που θα οφειλόταν ευθέως στην ψυχοκοινωνική αναπηρία ή τη χρόνια πάθησή του θα μπορούσε να θεωρηθεί άμεση διάκριση εις βάρος του. Ωστόσο, η απόλυση λόγω ασθένειας που καταλαμβάνει εξίσου όλους τους εργαζο-

69 Βλ. συναφώς ΣτΕ 3276/2009· ΣτΕ 294/2015, *TNI Nomos*. Σύμφωνα πάντως με την Γνμδ ΟΛΝΣΚ 570/2008, *TNI Nomos*, η διερεύνηση της δυνατότητας ανάθεσης άλλων καθηκόντων δεν αποτελεί γενικό κανόνα που καταλαμβάνει και προσωπικό για το οποίο ισχύουν ειδικές διατάξεις, όπως αυτό των πλοηγικών σταθμών.

70 Βλ. ΑΠ 1759/2002, *Αρμ* 2004, σ. 391· ΜονΕφΑθ 3796/2012, *TNI Nomos*· ΜονΕφΠειρ 311/2016, *TNI Nomos*· Ζερδελή, *ό.π.* (υποσ. 57), σ. 1006 επ. Πρβλ. ΕφΑθ 10069/1995, *ΕΕργΔ* 1996, σ. 312· ΕφΘεσσ 3788/1997, *Αρμ* 1998, σ. 196. Αξιοσημείωτες είναι επίσης, υπό ευρύτερο πρίσμα, η ΑΠ 40/1997, *ΕΕργΔ* 1998, σ. 919 και η ΑΠ 221/1992, *ΕΕργΔ* 1994, σ. 756. Για τα ισχύοντα στο γερμανικό δίκαιο βλ. αντί πολλών Ascheid/Preis/Schmidt/-Vossen, 5. Aufl. 2017, *KSchG* § 1 Rn. 135 επ.· U. Preis, *ό.π.* (υποσ. 50), σ. 839 επ.· S. Kamanabrou, *Arbeitsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, σ. 425 επ. Πρβλ. επίσης από την πρόσφατη ισπανική νομολογία την απόφαση του Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 366/2016 (ROJ: STS 2351/2016). Για την ασθένεια ως λόγο απόλυσης σύμφωνα με το άρθρο 24 του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη βλ. M. Schmitt, σε: N. Bruun / K. Lörcher / I. Schömann / Stefan Clauwaert (επιμ.), *The European Social Charter and the employment relation*, Oxford, Hart Publishing, 2017, σ. 423 επ.

μένους, ανεξαρτήτως της τυχόν αναπηρίας τους, εισάγει ουδέτερο κανόνα. Όμως, αν και φαινομενικά ουδέτερος, ο επίμαχος κανόνας εξομοιώνει τις ασθένειες που συνδέονται με την αναπηρία με τη γενική έννοια της ασθένειας, μολονότι οι ασθένειες πλήττουν εκ των πραγμάτων συχνότερα τα άτομα με αναπηρία.⁷¹ Έτσι λοιπόν, κατ' αποτέλεσμα, η εξομοίωση αυτή καταλήγει να θίγει σε αυξημένο βαθμό τα άτομα με αναπηρία, συνεπαγόμενη έμμεση διάκριση εις βάρος τους. Ως εκ τούτου, η δικαιολόγηση της απόλυσης βάσει του χρόνου απουσίας λόγω ασθένειας που συνδέεται με αναπηρία είναι πλέον συμβατή με το υπερνομοθετικής ισχύος κανονιστικό πλαίσιο που διαμορφώνουν κυρίως η Οδηγία 2000/78, η Σύμβαση του Ο.Η.Ε. για τα δικαιώματα των ατόμων με αναπηρία και η Ε.Σ.Δ.Α. υπό τις εξής δύο (αυτοτελείς και σωρευτικές)⁷² προϋποθέσεις:

Πρώτον, όπως ήδη αναφέρθηκε αλλά και όπως συνάγεται από το άρθρο 2 παρ. 2 στοιχείο β' σημείο ii της Οδηγίας 2000/78, η απόλυση του εργαζομένου δεν επιτρέπεται να βασισθεί στις απουσίες του λόγω της ασθένειάς του στον βαθμό που οι απουσίες του αυτές οφείλονται στη μη λήψη εκ μέρους του εργοδότη των ενδεδειγμένων μέτρων προσαρμογής.⁷³ Όπως είναι λογικό, ο εργοδότης δεν μπορεί να αξιοποιήσει υπέρ του τις απουσίες του εργαζομένου που συνδέονται αιτιωδώς με τη δική του παράλειψη να λάβει τις επιβαλλόμενες εύλογες προσαρμογές.

Δεύτερον, αυτή μπορεί να κριθεί δικαιολογημένη, ως γνωστόν, μόνον εφόσον η διαφορετική μεταχείριση δικαιολογείται αντικειμενικώς από θεμιτό σκοπό, τα μέσα που χρησιμοποιούνται για την επίτευξή του είναι πρόσφορα και δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο μέτρο για την υλοποίηση του σκοπού που επιδιώκεται. Ενώ βεβαίως η διασφάλιση των συμφερόντων του εργοδότη έναντι της μακρόχρονης απουσίας του εργαζομένου έχει θεωρηθεί κατ' αρχήν θεμιτός σκοπός,⁷⁴ κρίσιμος είναι εν προκειμένω ιδίως ο έλεγχος της αναγκαιότητας της απόλυσης. Μολονότι η αναγκαιότητα θα αξιολογηθεί υπό το φως των

71 ΔΕΕ *HK Danmark*, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 75-76· ΔΕΕ *Conejero*, ό.π. (υποσ. 20), σκ. 38-39. Πρβλ. και R. Crasnow και S. Fraser Butlin, «Disabled Compared to Whom? An Analysis of the Current Jurisprudence on the Appropriate Comparator Under the UK Equality Act's Reasonable Adjustments Duty», *The Equal Rights Review* 2015, σ. 81-84. Πρβλ. πάντως και την προγενέστερη BAG, 22.10.2009 - 8 AZR 642/08, NZA 2010, σ. 280.

72 Προτάσεις ΓΕ Sharpston, *Conejero*, ό.π. (υποσ. 45), σκ. 50-51.

73 ΔΕΕ *HK Danmark*, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 66-67. Βλ. και Προτάσεις ΓΕ Sharpston, *Conejero*, ό.π. (υποσ. 45), σκ. 34-45.

74 ΔΕΕ *Conejero*, ό.π. (υποσ. 20), σκ. 43-44. Μολονότι βεβαίως ευλόγως αναδείχθηκε η σημασία του απουσιασμού (*absenteeism*), ακόμη σημαντικότερο πρόβλημα αποτελεί ο παρουσιασμός (*presenteeism*), δηλαδή η προσέλευση ασθενών εργαζομένων στην εργασία λόγω του φόβου τους έναντι δυσμενών συνεπειών, με αποτέλεσμα μειωμένη παραγωγικότητα και αυξημένα προβλήματα υγείας σε βάθος χρόνου τόσο για τον ίδιο τον ασθενή εργαζόμενο όσο ενδεχομένως και για συναδέλφους του. Στο πλαίσιο αυτό η προστασία έναντι της απόλυσης λόγω ασθένειας παίζει κυρίαρχο ρόλο. Βλ. εκτενώς K. Pärli, «Presenteeism, its effects and costs: A discussion in a labour law perspective», *IJCLIR* 2018, σ. 54 επ.

εκάστοτε πραγματικών περιστάσεων, το ΔΕΕ⁷⁵ έχει κρίνει πάντως, ότι θα πρέπει να συνεκτιμάται το γενικότερο πλαίσιο λειτουργίας του επίμαχου κανόνα και η ζημία που ενδέχεται να προκαλέσει η εφαρμογή του στα θιγόμενα άτομα, ιδίως δεδομένων των αυξημένων δυσχερειών που αντιμετωπίζουν τα άτομα με αναπηρία αναφορικά με την ένταξή τους στην αγορά εργασίας. Υπό αυτό το πρίσμα, ως παράμετροι άξιες συνεκτίμησης θα μπορούσαν να προταθούν επίσης η συνολική διάρκεια της εργασιακής σχέσης, η τυχόν συμβολή των συνθηκών εργασίας στα προβλήματα υγείας, η δυνατότητα απασχόλησης του μισθωτού σε άλλο επάγγελμα, η διασφάλιση προνοιακής ή ασφαλιστικής κάλυψης του απολυόμενου κλπ.⁷⁶ Χρήσιμος σε αυτή την στάθμιση, στο πλαίσιο ελέγχου της εν στενή εννοία αναλογικότητας του μέτρου, είναι και ο καταμερισμός του πόσες από τις συνολικές ημέρες απουσίας οφείλονται αμιγώς στην αναπηρία και πόσες σε «απλή» ασθένεια.⁷⁷ Συνολικά, λοιπόν, ο έλεγχος αναλογικότητας (με κυριότερη βεβαίως την αναγκαιότητα) της απόλυσης ή κάθε άλλης δυσμενούς μεταχείρισης των ατόμων με ψυχοκοινωνική αναπηρία ή χρόνια ψυχική πάθηση καθίσταται εντονότερος.⁷⁸

6.2.2 Η απόλυση λόγω επιθετικής ή ανάρμοστης συμπεριφοράς οφειλόμενης σε προβλήματα ψυχικής υγείας

Παρόμοια ζητήματα τίθενται και σε περίπτωση απόλυσης λόγω επιθετικής ή γενικότερα ανάρμοστης ή αντισυμβατικής συμπεριφοράς, η οποία όμως συνδέεται αιτιωδώς με την ψυχική διαταραχή και αποτελεί εκδήλωσή της.⁷⁹ Βεβαίως θα πρέπει να υπογραμμιστεί ήδη εξ αρχής ότι, σε αντίθεση με τα στερεότυπα που ακολουθούν τις ψυχικές νόσους, η εκδήλωση επιθετικότητας είναι αρκετά σπάνιο σύμπτωμα που αφορά μόνο ορισμένες

75 ΔΕΕ HK Danmark, ό.π. (υποσ. 15), σκ. 89-91· ΔΕΕ Conejero, ό.π. (υποσ. 20), σκ. 49-50. Πρβλ. επίσης ΔΕΕ C-152/11, απόφαση της 6^{ης} Δεκεμβρίου 2012, *Odar*, σκ. 69· Προτάσεις ΓΕ Sharpston της 29^{ης} Μαΐου 2018, C-312/17, *Bedi*, σκ. 51.

76 Πρβλ. και Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, ό.π. (υποσ. 9), σ. 322 επ.· Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, ό.π. (υποσ. 23), σ. 196-197.

77 ΔΕΕ Conejero, ό.π. (υποσ. 20), σκ. 51 επ. Πρβλ. Bell, ό.π. (υποσ. 2), σ. 216-217.

78 Βλ. και F. Bayreuther, «Anmerkung zu EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 18.1.2018 – C-270/16», *EuZW* 2018, σ. 212 (213)· Bell, ό.π. (υποσ. 66), σ. 655.

79 Πρβλ. από τη γαλλική νομολογία την απόφαση Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 5 mai 2009, 08-41.659· και από τη νομολογία του Ηνωμένου Βασιλείου τις αποφάσεις *Murray v Newham Citizens Advice Bureau Ltd* [2003] UKEAT 554_01_1103 και *Edmund Nuttall Limited v Butterfield* [2005] IRLR 751. Ενδιαφέρουσες σε αυτό το πλαίσιο είναι δύο αποφάσεις που αφορούν αποβολή μαθητών από σχολεία λόγω αντιπειθαρχικής συμπεριφοράς (επιθετικότητας, υπερκινητικότητας κλπ.), η οποία όμως οφειλόταν σε ψυχοκοινωνική αναπηρία: αφενός από το Ηνωμένο Βασίλειο η *X Endowed Primary School v Special Educational Needs and Disability Tribunal & Ors* [2009] EWHC 1842 (Admin), [2009] ACD 70, [2009] IRLR 1007· και από την Αυστραλία η *Purvis v New South Wales (Department of Education and Training)* [2003] HCA 62, 217 CLR 92.

βαριές ασθένειες και συνήθως σχετίζεται με πλημμελή ιατροφαρμακευτική παρακολούθηση. Το πρώτο βήμα λοιπόν κατά τον έλεγχο του κύρους μιας απόλυσης ή πειθαρχικής δίωξης για τον λόγο αυτό είναι να αποκλειστεί ότι αυτή οφείλεται στην πραγματικότητα όχι στην ίδια την υποτιθέμενη επιθετικότητα αλλά στο στίγμα, τις προκαταλήψεις και τους αβάσιμους φόβους που συνοδεύουν την ψυχική ασθένεια ανά τους αιώνες. Ιδίως δε όταν δεν πρόκειται καν για παρελθούσα συμπεριφορά αλλά για απόλυση προς αποτροπή εικαζόμενου μελλοντικού κινδύνου, τότε θα πρέπει να τεκμηριώνεται επαρκώς ότι ο κίνδυνος είναι όντως υπαρκτός και άμεσος.⁸⁰ Εξάλλου, όπως ήδη αναφέρθηκε, προϋποτίθεται σε κάθε περίπτωση ότι ο εργοδότης έχει λάβει προηγουμένως τις οφειλόμενες εύλογες προσαρμογές, με συνέπεια να αξιολογείται η κατάσταση μόνον όπως θα έχει διαμορφωθεί τελικά μετά την (εντός των ευλόγων ορίων) άρση των περιβαλλοντικών εμποδίων.

Εφόσον πάντως διαπιστωθεί ότι δεν πρόκειται για εκδήλωση αδικαιολόγητου φόβου ή απόρροια της παράλειψης του εργοδότη να προβεί σε εύλογες προσαρμογές, είναι προφανές ότι ο εργοδότης καταρχήν δεν υποχρεούται να ανεχθεί συμπεριφορές που θα αποτελούσαν θεμιτό λόγο απόλυσης για οποιονδήποτε άλλο (μη ανάπηρο) εργαζόμενο⁸¹ και θα θεμελιώναν ανικανότητα, απροθυμία και ακαταλληλότητα του εργαζομένου για την εκτέλεση των βασικών καθηκόντων του. Τούτο ισχύει επίσης όταν προκύπτει ότι, εν όψει των ιδιομορφιών της θέσης που κατέχει ο εργαζόμενος, ορισμένες δεξιότητες που ο ίδιος στερείται (π.χ. εργασία σε ομάδες, ακρίβεια στην ώρα προσέλευσης, επιμελημένη εμφάνιση κ.ο.κ.) είναι απολύτως απαραίτητες, εντασσόμενες έτσι στα «βασικά καθήκοντα της εν λόγω θέσης απασχόλησης» ή στις «ουσιαστικές και καθοριστικές επαγγελματικές προϋποθέσεις».

Όταν πάντως δεν στοιχειοθετείται ανικανότητα, απροθυμία και ακαταλληλότητα του εργαζομένου για την εκτέλεση των βασικών καθηκόντων του, τότε θα πρέπει να εξετάζονται και πάλι όσα ήδη αναφέρθηκαν αμέσως πιο πάνω για την ύπαρξη έμμεσης διάκρισης, εφόσον κριθεί ότι η φαινομενικά ουδέτερη μεταχείριση μεταξύ ανάπηρων και μη ανάπηρων εργαζομένων θίγει κατ' αποτέλεσμα κυρίως τους πρώτους. Κάτι τέτοιο μπορεί να συμβαίνει στον βαθμό που μια ανεπιθύμητη ή ιδιόρρυθμη συμπεριφορά (π.χ. ατημέλητη εμφάνιση, έντονη εσωστρέφεια ή εριστικότητα κ.λπ.) εμφανίζεται με μεγαλύτερη συχνότητα στους πάσχοντες από ορισμένη ψυχική διαταραχή. Κρίσιμος και στην περίπτωση αυτή είναι ο έλεγχος της αναγκαιότητας του δυσμενούς μέτρου στο οποίο καταφεύγει ο

80 Πρβλ. Εφαθ 10069/1995, ΕΕργΔ 1996, σ. 312, η οποία έκρινε καταχρηστική την απόλυση εργαζομένου «φιλήσυχου και μυθομανούς», ο οποίος έπασχε από «μανιοκαταθλιπτική ψύχωση δίχως όμως να είναι και επικίνδυνο πρόσωπο στον χώρο της εργασίας του».

81 Πρβλ. πάντως ΣτΕ 294/2015, *TNI Nomos*, όπου κρίθηκε ότι δεν φέρει πειθαρχική ευθύνη ο δημόσιος υπάλληλος που πάσχει από ψυχική νόσο η οποία τον καθιστά ανίκανο να αντιληφθεί τον παραβατικό χαρακτήρα της συμπεριφοράς του.

εργοδότης. Έτσι λοιπόν, η ατημέλητη εμφάνιση που ενίοτε συνοδεύει ορισμένες μορφές κατάθλιψης δεν επιτρέπεται να οδηγήσει αναπόδραστα στην απόλυση, εφόσον λ.χ. η θέση στην οποία υπηρετεί ή στην οποία μπορεί να μετακινηθεί ο εργαζόμενος βρίσκεται σε σημείο που δεν προκαλεί ζημία στη λειτουργία ή στην προς τα έξω εικόνα της επιχείρησης (π.χ. τηλεφωνικό κέντρο, αποθήκη κ.ο.κ.).

7. Συμπερασματικές παρατηρήσεις

Τα προβλήματα ψυχικής υγείας εξακολουθούν να συνοδεύονται από στιγματισμό και προκαταλήψεις. Παρά τη στερεοτυπική σύνδεσή τους με τα συμπτώματα σοβαρών ψυχιατρικών περιστατικών, οι ψυχικές ασθένειες είναι συνήθως πιο ελαφράς μορφής και πλήττουν όλο και περισσότερους εργαζόμενους στην καθημερινότητά τους, αποτελώντας μία από τις συχνότερες και συνηθέστερες αιτίες απουσίας από την εργασία. Η καταπολέμηση των διακρίσεων σε βάρος των ψυχικώς πασχόντων και η συνακόλουθη ενθάρρυνση της παραμονής τους στην αγορά εργασίας ωφελεί συνεπώς όχι μόνο τους εργαζομένους και τις οικογένειές τους αλλά και τους εργοδότες, το κράτος και ευρύτερα την κοινωνία, που επωμίζονται σημαντικό κόστος εξαιτίας των αναρρωτικών αδειών, της μειωμένης παραγωγικότητας και του αυξημένου κινδύνου απόσυρσης των ανθρώπων αυτών από την αγορά εργασίας.

Η (ηθική) παρενόχληση στην εργασία ως προσβολή της αξιοπρέπειας και ως διάκριση

Παναγιώτης Μπουμπουχερόπουλος

1. Ένα «διακεκριμένο» είδος (ηθικής) παρενόχλησης: Η παρενόχληση ως απαγορευμένη διάκριση

Όπως είναι γνωστό, με έρεισμα τα άρθρα 13, 141 παρ. 3 και 251 ΣΕΚ,¹ στο πλαίσιο της καταπολέμησης των διακρίσεων στην Ευρωπαϊκή Ένωση² και με μια σειρά Οδηγιών,³

1 Βλ. ήδη άρθρα 19, 157 παρ. 3 και 294 αντίστοιχα της ενοποιημένης απόδοσης της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης – Συνθήκη της Λισαβόνας.

2 Η γενική αρχή της απαγόρευσης των διακρίσεων συγκαταλέγεται «μεταξύ των θεμελιωδών δικαιωμάτων που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος των γενικών αρχών του κοινοτικού δικαίου», βλ. ήδη ΔΕΚ C-13/05, απόφαση της 11ης Ιουλίου 2006, *Chacón Navas*, σκ. 56· ΔΕΚ C-144/04, απόφαση της 22ας Νοεμβρίου 2005, *Mangold*, σκ. 74-76. Βλ. ήδη και άρθρο 21 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της ΕΕ. Πρβλ. και Στ. Γιαννακούρου, ΔΕΕ 2017, σ. 314 επ.

3 Βλ. Οδηγία 2006/54/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5^{ης} Ιουλίου «για την εφαρμογή της αρχής των ίσων ευκαιριών και της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών σε θέματα εργασίας και απασχόλησης (αναδιατύπωση)», με την οποία ενσωματώθηκαν σε ενιαίο κείμενο οι διατάξεις της Οδηγίας 75/117/ΕΟΚ του Συμβουλίου της 10^{ης} Φεβρουαρίου 1975 και των αλληπάλληλων τροποποιήσεών της, βλ. ιδίως άρθρο 1 παρ. 2 της Οδηγίας 2002/73/ΕΚ και ήδη ν. 3896/2010 (ΦΕΚ Α΄ 207/8.12.2010). Βλ. επίσης Οδηγία 2000/43/ΕΚ του Συμβουλίου της 29^{ης} Ιουνίου «Περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής» και Οδηγία 2000/78/ΕΚ του Συμβουλίου της 27^{ης} Νοεμβρίου «Για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απα-

η προστασία από την παρενόχληση εντάχθηκε στην ειδικότερη προβληματική της απαγόρευσης των διακρίσεων. Με αφετηρία το παράδειγμα του αγγλοαμερικανικού δικαίου,⁴ στο δίκαιο της Ένωσης εξομοιώθηκαν με απαγορευμένη διάκριση η «απλή»⁵ ή «μη σεξουαλική» παρενόχληση, καθώς και η «σεξουαλική» παρενόχληση. Κατά τους ορισμούς των σχετικών Οδηγιών,⁶ ως «απλή» ή «μη σεξουαλική» παρενόχληση νοείται η ανεπιθύμητη συμπεριφορά που σχετίζεται με ένα από τα εκεί προβλεπόμενα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης ή άνισης μεταχείρισης⁷ και ως σκοπό ή αποτέλεσμα έχει την προσβολή της αξιοπρέπειας προσώπου και τη δημιουργία εκφοβιστικού, εκθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος.⁸ «Σεξουαλική» παρενόχληση υφίσταται, άλ-

σολήνση και την εργασία», όπως και ν. 3304/2005 (ΦΕΚ Α' 16/27.1.2005) και ήδη ν. 4443/2016 (ΦΕΚ Α' 232/9.12.2016), Οδηγία 2004/113/ΕΚ του Συμβουλίου της 13^{ης} Δεκεμβρίου «για την εφαρμογή της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών στην πρόσβαση σε αγαθά και υπηρεσίες και την παροχή αυτών» και ήδη ν. 3769/2009 (ΦΕΚ Α' 105/1.7.2009) και Οδηγία 2010/41 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 7^{ης} Ιουλίου 2010 «για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης ανδρών και γυναικών που ασκούν αυτοτελή επαγγελματική δραστηριότητα και για την κατάργηση της οδηγίας 86/613/ΕΟΚ του Συμβουλίου» και ήδη ν. 4097/2012 (ΦΕΚ Α' 235/3.12.2012). Πρβλ. και άρθρο 2 παρ. 3 της υποβληθείσας από την Επιτροπή Πρότασης Οδηγίας του Συμβουλίου για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσώπων ανεξαρτήτως θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού [COM (2008) 426 τελικό, 2.7.2008], τελευταία ενημέρωση 12.1.2017.

4 Βλ. L. Barmes, *Bullying and Behavioural Conflict at Work*, Oxford, Oxford University Press, 2016, σ. 72 επ. Βλ. επίσης G. Thüsing, *NZA Sonderbeil.* 22/2004, σ. 7· G. Thüsing σε: *MünchKommBGB*, 2007, Einl. AGG αρ. 9 επ.· S. Eggert-Weyand, σε: U. Rust και J. Falke (επιμ.), *AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften - Kommentar*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2007, παρ. 3 αρ. 37· K. Adomeit και J. Mohr, *Kommentar AGG*, Stuttgart, Boorberg, 2007, παρ. 3 αρ. 118.

5 «Einfache Belästigung», Eggert-Weyand, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 37· βλ. S. Eggert-Weyand, *Belästigung am Arbeitsplatz*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 2010, σ. 17. Οι χαρακτηρισμοί «απλή» και «μη σεξουαλική» παρενόχληση χρησιμοποιούνται στη μελέτη αυτή υπαλλακτικά ως ταυτόσημες έννοιες.

6 Άρθρα 2 παρ. 3 των Οδηγιών 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ, 2 περ. γ της Οδηγίας 2004/113/ΕΚ, 1 παρ. 2 της Οδηγίας 2002/73/ΕΚ, 2 παρ. 1γ της Οδηγίας 2006/54/ΕΚ και 3 περ. γ της Οδηγίας 2010/41/ΕΕ. Πρβλ. και άρθρο 2 παρ. 3 της υποβληθείσας από την Επιτροπή Πρότασης Οδηγίας του Συμβουλίου για την εφαρμογή της αρχής της ίσης μεταχείρισης των προσώπων ανεξαρτήτως θρησκείας ή πεποιθήσεων, αναπηρίας, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού [COM (2008) 426 τελικό, 2.7.2008].

7 Λόγω «φυλετικής ή εθνοτικής καταγωγής» σύμφωνα με την Οδηγία 2000/43/Ε.Κ., λόγω «θρησκείας ή πεποιθήσεων, ειδικών αναγκών, ηλικίας ή γενετήσιου προσανατολισμού» σύμφωνα με την Οδηγία 2000/78/Ε.Κ., λόγω φύλου σύμφωνα με τις Οδηγίες 2010/41/Ε.Ε., 2004/113/Ε.Κ. και 2006/54/Ε.Κ.

8 Στις Οδηγίες 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ, βλ. άρθρα 2 παρ. 3 περ. β, παρασχέθηκε η δυνατότητα στα κράτη-μέλη, κατά την ενσωμάτωση των σχετικών ρυθμίσεων στην εθνική έννομη τάξη, να ορίσουν ειδικότερα, εντός του πλαισίου που διαγράφεται από τις Οδηγίες, τη «μη σεξουαλική» παρενόχληση» σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία και πρακτική τους. Ο Έλληνας νομοθέτης απέφυγε να κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής, βλ. άρθρα 2 παρ. 2 ν. 3304/2005, 3 παρ. 1γ ν. 3488/2006 και ήδη 2γ ν. 3896/2010 και 2 παρ. 2 γ ν. 4443/2016.

λωστε, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 1 παρ. 2 της Οδηγίας 2002/73⁹, 2 περ. δ της Οδηγίας 2004/113¹⁰, 2 παρ. 1 περ. δ της Οδηγίας 2006/54¹¹ και 3 περ. δ της Οδηγίας 2010/41¹², όταν εκδηλώνεται οποιασδήποτε μορφής ανεπιθύμητη λεκτική, μη λεκτική ή σωματική συμπεριφορά σεξουαλικού χαρακτήρα με σκοπό ή αποτέλεσμα την προσβολή της αξιοπρέπειας προσώπου, ιδίως με τη δημιουργία εκφοβιστικού, εκθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος. Για τον ενωσιακό νομοθέτη, πάντως, και οι δύο μορφές παρενόχλησης —«απλή» και «σεξουαλική»— αποτελούν εκδήλωση του ίδιου ευρύτερου παθολογικού φαινομένου, με τη δεύτερη να έχει στενότερο εννοιολογικό περιεχόμενο από την πρώτη, να αποτελεί δηλαδή μια ειδικότερη, ως προς τον τρόπο εκδήλωσης, περίπτωση της.¹³

Όπως έχει εκτεθεί αναλυτικά σε άλλη θέση,¹⁴ από τον ορισμό της «απλής» ή «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης συνάγεται ότι σ' αυτήν εντάσσεται και η «ηθική παρενόχληση» («*harcèlement moral*», «*harassment*» ή «*employee abuse*» ή «*workplace terrorism*» ή «*workplace bullying*» ή απλά «*bullying*»), η συστηματική δηλαδή εκδήλωση επιθετικής, εκθρικής, βάνανσης ή ανοίκειας, εκφοβιστικής, εξευτελιστικής ή ταπεινωτικής και σε κάθε περίπτωση ανεπιθύμητης συμπεριφοράς, η οποία χαρακτηρίζεται από την εγκαθίδρυση μεταξύ των εμπλεκόμενων υποκειμένων ενός συσχετισμού δράστη (ή δραστών) – θύματος (ή θυμάτων), με αποτέλεσμα να μεταβάλλονται προς το δυσμενέστερο οι όροι και οι συνθήκες παροχής της εργασίας του θύματος μέσω της εγκαθίδρυσης ενός εκθρικού περιβάλλοντος που προσβάλλει την αξιοπρέπεια, την τιμή, την υγεία ή άλλα στοιχεία του δικαιώματος στην προσωπικότητα, χωρίς να αποκλείεται η προσβολή και άλλων εννόμων αγαθών, συμφερόντων ή δικαιωμάτων του.

Με την «αναγόρευση» (*Gleichstellungsanordnung*)¹⁵ της (απλής) παρενόχλησης σε

⁹ Όπως είχε ενσωματωθεί με το άρθρο 3 παρ. 1δ ν. 3488/2006.

¹⁰ Όπως ενσωματώθηκε με το άρθρο 2 περ. δ' ν. 3769/2009.

¹¹ Όπως ενσωματώθηκε με το άρθρο 2 περ. δ' ν. 3896/2010.

¹² Όπως ενσωματώθηκε με το άρθρο 3 περ. δ' ν. 4097/2012. Στο ελληνόγλωσσο κείμενο της Οδηγίας 2010/41 επιχειρήθηκε η μεταβολή του χαρακτηρισμού «σεξουαλική παρενόχληση» επί το ελληνικότερον με τη χρήση του αδόκιμου όρου «γενετήσια παρενόχληση». Ο εθνικός νομοθέτης δεν ακολούθησε στον ν. 4097/2012 τη φιλόδοξη προσπάθεια του μεταφραστή των Βρυξελλών να καινοτομήσει, και επέμεινε στον όρο «σεξουαλική παρενόχληση».

¹³ Δ. Ζερδελής, *Εργατικό Δίκαιο - Ατομικές Εργασιακές Σχέσεις*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2015, σ. 776, αρ. 1492· Ι. Κουκιάδης, *ΕΕργΔ* 2008, 449 επ. (450)· Eggert-Weyand, *ό.π.* (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 69, 70, βλ. Eggert-Weyand, *Belästigung.. ό.π.* (υποσ. 5), σ. 140, 145· Adomeit και Mohr, *ό.π.* (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 148.

¹⁴ Βλ. Π. Μπουμπουχερόπουλο, *Mobbing – Ευθύνη λόγω ηθικής παρενόχλησης στην εργασία*, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014, σ. 102 επ. αρ. 13 επ.

¹⁵ Adomeit και Mohr, *ό.π.* (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 4. Πρβλ. P. Schrader και J. Schubert σε: W. Däubler και M. Bertzbach (επιμ.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden,

διάκριση, εισήχθη στην ελληνική έννομη τάξη μια προνομιούχος κατηγορία θυμάτων ηθικής παρενόχλησης, ή, με διαφορετική διατύπωση, ένα «διακεκριμένο» είδος (ηθικής) παρενόχλησης: η ηθική παρενόχληση που συνδέεται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης. Δεδομένου δηλαδή ότι ο ορισμός της «απλής» ή «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης καλύπτει και κάθε περίπτωση ηθικής παρενόχλησης, δεν αμφισβητείται ότι, όταν η δημιουργία ενός εκφοβιστικού, εχθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος και η προσβολή της αξιοπρέπειας προσώπου συνδέονται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, τότε το θύμα της ηθικής παρενόχλησης απολαμβάνει ευθέως τις ευεργετικές προστατευτικές διατάξεις της νομοθεσίας για την απαγόρευση των διακρίσεων.¹⁶ Όταν όμως δεν συμβαίνει αυτό, τότε το θύμα

Nomos Verlag, παρ. 3 αρ. 75, «Belästigungen sind qua Gesetz als Benachteiligungen anzusehen».

16 Βλ. όμοια M. Benecke, *Mobbing, Arbeits- und Haftungsrecht*, München, C.H. Beck, 2008, αρ. 200-202, 447, 473 επ. (477-478, 490)· M. Benecke, *RdA* 2008, σ. 363· επίσης U. Wendeling-Schröder, σε: U. Wendeling-Schröder και A. Stein (επιμ.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: AGG – Kommentar*, München, C.H. Beck, 2008, παρ. 3 αρ. 38. Η αναβάθμιση του νομικού status των θυμάτων παρενόχλησης που επήλθε με την αναγόρευση της παρενόχλησης σε διάκριση αποδίδεται κυρίως στην καθιέρωση αντικειμενικής ευθύνης του δράστη, βλ. M. Schlachter, σε: R. Müller-Glöge κ.α. (επιμ.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München, C.H. Beck, 2011, παρ. 15 AGG αρ. 1, 6· O. Deinert, σε: W. Däubler και M. Bertzbach (επιμ.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlag, παρ. 15 αρ. 5, 18, 30 επ., 58 επ., 159· G. Thüsing, σε: F.J. Säcker κ.ά. (επιμ.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, C.H. Beck, παρ. 15 αρ. 4· πρβλ. και Eggert-Weyand, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 90· A. Bückner, σε: U. Rust και J. Falke (επιμ.), *AGG: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften - Kommentar*, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2007, παρ. 15 αρ. 7 επ., καθώς και στις περί βάρους απόδειξης διατάξεις, βλ. Μπουμπουχερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 341 επ. αρ. 15 επ. και τις εκεί παραπομπές. Σημειωτέον ότι την καθιέρωση αντικειμενικής ευθύνης του δράστη απαγορευμένης διάκρισης δικαιολογούν εν προκειμένω, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ, όχι οι αξιολογήσεις που θεμελιώνουν την «ευθύνη από διακινδύνευση», ούτε αμιγώς τιμωρητικές σκοπιμότητες του ενωσιακού νομοθέτη, αλλά πρωτίστως η εξασφάλιση της αποτελεσματικής αποτρεπτικής λειτουργίας της ρύθμισης, μέσω και της αποδοκιμασίας της συμπεριφοράς του δράστη, ώστε να προλαμβάνεται η εκδήλωση παρόμοιων φαινομένων, βλ. Schlachter, ό.π. (υποσ. 16), παρ. 15 AGG αρ. 1· Thüsing, ό.π. (υποσ. 16), παρ. 15 αρ. 16· πρβλ. όμως και αρ. 24, Deinert, ό.π. (υποσ. 16), παρ. 15 αρ. 13 επ. (16)· Adomeit και Mohr, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 15 αρ. 13, 21. Η σκέψη αυτή θεωρήθηκε ότι βρήκε τη νομοθετική της έκφραση στον ορισμό της «μη σεξουαλικής» αλλά και της «σεξουαλικής» παρενόχλησης ως μορφών απαγορευμένης διάκρισης, και συγκεκριμένα υπό την εκδοχή της «κατ' αποτέλεσμα» —ανεξαρτήτως δηλαδή υπαιτιότητας του δράστη— προσβολής της αξιοπρέπειας του θύματος και της δημιουργίας σε βάρος του «εχθρικού περιβάλλοντος», βλ. έτσι και Eggert-Weyand, *Belästigung...* ό.π. (υποσ. 5), σ. 124· Eggert-Weyand, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 62. Πρβλ. παρομοίως και ΕΔΔΔ F-52/05 (Q), απόφαση της 9ης Δεκεμβρίου 2008, σκ. 136, σύμφωνα με την οποία «αντίθετη ερμηνεία του άρθρου 12α παρ. 3 του Κ.Υ.Κ. θα είχε ως συνέπεια να στερηθεί η διάταξη αυτή κάθε ωφελίμου αποτελέσματος, λόγω της δυσκολίας να αποδειχθεί κακόβουλη πρόθεση του προσώπου του οποίου η συμπεριφορά συνιστά ηθική παρενόχληση». Πρβλ. και Γενικό Δικαστήριο T-80/09P, απόφαση της 12^{ης} Ιουλίου 2011, σκέψη 68, σύμφωνα με την οποία «το ειδικό καθεστώς ευθύνης που θεσπίζει το άρθρο 24, δεύτερο εδάφιο, του Κ.Υ.Κ. στηρίζεται στο καθήκον της διοικήσεως να προστατεύει την υγεία και την ασφάλεια των μόνιμων και προσωρινών υπαλλήλων της από τις επιθέσεις ή τις επιλήψιμες συμπεριφορές τρίτων ή άλλων υπαλλήλων, τις οποίες ενδέχεται να υποστούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους, ιδίως υπό τη μορφή ηθικής παρενοχλήσεως, κατά την έννοια του άρθρου 12α, παράγραφος 3, του Κ.Υ.Κ. Πρόκειται για ένα καθεστώς ευθύνης άνευ πταίσματος,

φαίνεται εκ πρώτης όψεως να στερείται της διευρυμένης αυτής προστασίας. Ανακύπτει συνεπώς το ερώτημα αν η εισαγωγή μιας τέτοιας «διακριτικής μεταχείρισης» μεταξύ θυμάτων (ηθικής) παρενόχλησης, ανάλογα δηλαδή με τη σύνδεση της επιλήψιμης συμπεριφοράς με κάποιο από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, δικαιολογείται από τα πράγματα. Αν δηλαδή ο εργαζόμενος που υφίσταται ηθική παρενόχληση λ.χ. λόγω της ηλικίας του ή σε συνάρτηση με αυτή χρήζει για κάποιον λόγο μεγαλύτερης προστασίας από εκείνον που παρενοχλείται λ.χ. «επειδή έχει πεταχτά αφτιά».¹⁷

2. Η «διάκριση» μεταξύ θυμάτων (ηθικής) παρενόχλησης δεν δικαιολογείται αντικειμενικά

Από τα εμπειρικά δεδομένα δεν προκύπτει ότι η ηθική παρενόχληση που συνδέεται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης εκδηλώνεται με μεγαλύτερη σφοδρότητα, ούτε ότι προκαλεί μεγαλύτερη βλάβη στο θύμα απ' ό,τι άλλες περιπτώσεις παρενοχλήσεων, ώστε να δικαιολογείται για την πρώτη η εξασφάλιση μεγαλύτερης προστασίας. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι τα αίτια της ηθικής παρενόχλησης που ανάγονται στο πρόσωπο του δράστη ή του θύματος («personenbedingten Ursachen») είναι δυνατόν να εμφανίζουν απεριόριστη ποικιλομορφία.¹⁸ Και ναι μεν αποτελέσματα ερευνών καταλήγουν όχι σπάνια σε ενδείξεις που συνηγορούν υπέρ του ότι ορισμένες κατηγορίες εργαζομένων εμφανίζονται συχνότερα ως θύματα παρενόχλησης απ' ό,τι άλλες. Οι ενδείξεις όμως αυτές δεν αρκούν, όπως γίνεται αναντίρρητα δεκτό, για να ανατρέψουν τον χαρακτήρα της ηθικής παρενόχλησης ως γενικού κινδύνου δυνάμενου να πλήξει κάθε εργαζόμενο ανεξαρτήτως προσωπικών ή επαγγελματικών ιδιοτήτων.

το οποίο διαφοροποιείται από το καθεστώς του κοινού δικαίου ευθύνης της Κοινότητας στον δημοσιοϋπαλληλικό τομέα, όπως αυτό εκτίθεται στη σκέψη 234 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως καθώς και στη σκέψη 42 ανωτέρω, το οποίο απαιτεί από τον υπάλληλο ο οποίος ζητεί ικανοποίηση από την Κοινότητα να αποδείξει ότι υπέστη ζημία συνεπεία πλημμελούς συμπεριφοράς ενός θεσμικού οργάνου».

17 Thüsing, ό.π. (υποσ. 16), παρ. 3 AGG αρ. 52.

18 Βλ. αντί πολλών Benecke, *Mobbing... ό.π.* (υποσ. 16), αρ. 20, 226· M. Wolmerath, *Mobbing, Rechts-handbuch für die Praxis*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2007, αρ. 62 επ.· N. Kollmer, *Mobbing im Arbeits-verhältnis*, Heidelberg, Rehm, 2007, αρ. 42 επ.· P. Wickler, σε: P. Wickler (επιμ.), *Handbuch Mobbing-Rechtsschutz*, München, C.H. Beck, 2004, Teil 1 αρ. 10 επ. Πρβλ. επίσης και W. Däubler, σε: W. Däubler και M. Bertzbach (επιμ.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos Verlag,, παρ. 4 αρ. 12.

Στην πράξη δεν θίγονται βέβαια το ίδιο όλοι οι χώροι εργασίας ούτε όλοι οι εργαζόμενοι.¹⁹ Ιδιαίτερα πλήττονται οι εργαζόμενες γυναίκες,²⁰ καθώς και οι νεότεροι —ιδίως οι μαθητευόμενοι²¹— και οι ηλικιωμένοι εργαζόμενοι.²² Μεγαλύτερο κίνδυνο να εκτεθούν σε συμπεριφορές (ηθικής) παρενόχλησης διατρέχουν εν γένει εργαζόμενοι που ανήκουν σε μειοψηφούσες στο περιβάλλον εργασίας ομάδες²³ ή χαρακτηρίζονται από έναν συνδυασμό γνωρισμάτων τα οποία τους καθιστούν ιδιαίτερα εκτεθειμένους στον κίνδυνο ηθικής παρενόχλησης, όπως λ.χ. αλλοδαπές εργαζόμενες γυναίκες οι οποίες απασχολούνται σε παραδοσιακά «αντρικά» επαγγέλματα.²⁴ Η απόδειξη πάντως ότι συγκεκριμένες κατηγορίες εργαζομένων χρήζουν ιδιαίτερης προστασίας από την ηθική παρενόχληση αντιμετωπίζει στην πράξη ανυπέρβλητες μεθοδολογικές δυσχέρειες,²⁵ ώστε από τα αποτελέσματα των επιμέρους ερευνών να μην είναι δυνατή η συναγωγή γενικεύσιμων συμπερασμάτων. Και οι σχετικές άλλωστε ενωσιακές Οδηγίες, αναφερόμενες σε συγκεκριμένα γνωρίσματα

19 Βλ. έτσι και σε Συμφωνία Πλαίσιο των Κοινωνικών Εταίρων σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης της 27^{ης} Απριλίου 2007, και σχετική ανακοίνωση της Επιτροπής της 8.11.2007, COM (2007) 686 τελικό. Πρβλ. Kollmer, *ό.π.* (υποσ. 18), αρ. 53 επ.

20 Wolmerath, *ό.π.* (υποσ. 18), αρ. 49, 50. Πρβλ. όμως και Leymann, *Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz*, Reinbek, Rowohlt, 2009, σ. 84 επ.· Beermann, *PersR* 9/1993, σ. 386. Σημειωτέον ότι, σύμφωνα με τα αποτελέσματα της πέμπτης έρευνας του Ευρωπαϊκού Ιδρύματος για τη Βελτίωση των Συνθηκών Ζωής και Εργασίας του Δουβλίνου, στην Ελλάδα φαίνεται ότι ηθική παρενόχληση υφίστανται συχνότερα οι άντρες εργαζόμενοι (σε ποσοστό 3,7%) απ' ό,τι οι γυναίκες (σε ποσοστό 2,8%). Με παρόμοιο τρόπο διαμορφώνεται η κατάσταση και στη Βουλγαρία, τη Γαλλία, την Ιρλανδία, την Κύπρο, την Πολωνία, τη Ρουμανία, τη Σλοβακία, τη Σουηδία, τα Σκόπια, την Τουρκία και τη Νορβηγία.

21 Πρβλ. K. Niedl, *Mobbing/Bullying am Arbeitsplatz*, Augsburg, Hampp Verlag 1995, σ. 103-106.

22 Meskutat κ.ά., *Der Mobbing-Report*, 2002, σ. 25 επ.· Kollmer, *ό.π.* (υποσ. 18), αρ. 42. Σύμφωνα με τα αποτελέσματα της πέμπτης έρευνας του ιδρύματος του Δουβλίνου, στην Ελλάδα πλήττονται κυρίως νέοι εργαζόμενοι μέχρι 30 ετών (σε ποσοστό 4,3%), ακολουθούν εργαζόμενοι από 30 έως 49 ετών (σε ποσοστό 3,5%), ενώ λιγότερο (σε ποσοστό 2,4%) παρενοχλούνται εργαζόμενοι ηλικίας 50 ετών και άνω.

23 Βλ. Wolmerath, *ό.π.* (υποσ. 18), αρ. 47. Πρβλ. και Leymann, *ό.π.* (υποσ. 20), σ. 96 επ.

24 Παρομοίως Däubler, *ό.π.* (υποσ. 18), παρ. 4 αρ. 12.

25 Βλ. Leymann, *ό.π.* (υποσ. 20), σ. 82, κατά τον οποίο οι έρευνες αυτές αντιμετωπίζουν «ένα βουνό από μεθοδολογικά προβλήματα». Έτσι λ.χ. δεν είναι δυνατόν να διακριβωθεί με ασφάλεια πότε μια γυναίκα παρενοχλείται λόγω του φύλου της και πότε λόγω της εμφάνισής της. Όστε τα καταγραφόμενα ιδιαίτερα αυξημένα ποσοστά εργαζομένων γυναικών-θύματων παρενόχλησης δεν δικαιολογούν άνευ ετέρου την αυξημένη προστασία των παρενοχλούμενων λόγω του φύλου τους. Πρβλ. επίσης και F. Lorho και U. Hilp, *European Parliament Working Paper: Bullying at Work*, Luxembourg, European Parliament, 2001, σ. 24, οι οποίοι εύστοχα παρατηρούν ότι η ηθική παρενόχληση εκδηλώνεται συνήθως μέσω της κατάχρησης διαφορετικών προσωπικών χαρακτηριστικών του θύματος, τα οποία όμως σπάνια αντανακλούν τα πραγματικά κίνητρα του δράστη. Προσπάθειες ανάπτυξης μιας αξιόπιστης μεθόδου τεκμηρίωσης του φαινομένου με βάση ειδικότερες κατηγοριοποιήσεις πληθυσμού βλ. λ.χ. σε H. Pfaff κ.ά., «Die Skala „Mobbingintensität der Kolleginnen und Kollege“», *Psychosozial* 2007, σ. 17 επ.· Frese και Zapf, «Eine Skala zur Erfassung von sozialen Stressoren am Arbeitsplatz», *ZArbwiss* 1987, σ. 134 επ.

απαγορευμένης διάκρισης, δεν αποβλέπουν στην προστασία συγκεκριμένων κατηγοριών ή ομάδων εργαζομένων, αλλά στην απαγόρευση διάκρισης ή δυσμενούς μεταχείρισης — και εν προκειμένω στην απαγόρευση παρενόχλησης— κάθε εργαζομένου για κάποιο από τα εκεί απαριθμούμενα γνωρίσματα.²⁶ Υπό τον τίτλο δηλαδή των ρητά κατονομαζόμενων γνωρισμάτων απαγορευμένης διάκρισης δεν ομαδοποιούνται επιμέρους κατηγορίες εργαζομένων των οποίων κρίθηκε επιβεβλημένη η προστασία ως αδύναμων ή ιδιαίτερα επιρρεπών σε προσβολές κοινωνικών ομάδων.

Παράλληλα, δεν διαπιστώνεται καμία αναγκαία συνάρτηση μεταξύ υποτιθέμενων αιτιών ηθικής παρενόχλησης που ανάγονται στο πρόσωπο του δράστη ή του θύματος, και του τρόπου ή της έντασης εκδήλωσής της ή των συνεπειών της. Δεν μπορεί ως εκ τούτου να γίνει δεκτό ότι συγκεκριμένα κίνητρα του δράστη ή ιδιότητες του θύματος συνδέονται αιτιωδώς με σφοδρότερη εκδήλωση της παρενόχλησης και συνακόλουθα με βαρύτερες για το θύμα συνέπειες ώστε να δικαιολογείται για ορισμένες περιπτώσεις μια ιδιαίτερη σε σχέση με άλλες περιπτώσεις ηθικής παρενόχλησης προστασία του θύματος.²⁷ Αντίθετα, όπως έχει ήδη εκτεθεί σε άλλη θέση,²⁸ τα κίνητρα ή οι επιδιώξεις του δράστη της ηθικής

26 Βλ. Ζερδελή, ό.π. (υποσ. 13), σ. 218 αρ. 391.

27 Βλ. έτσι και Benecke, *Mobbing... ό.π.* (υποσ. 16), αρ. 50. Πρβλ. Kollmer, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 47 επ.· Niedl, ό.π. (υποσ. 21), σ. 54-55.

28 Βλ. Μπουμπουχερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 32 επ., αρ. 7 επ. Βλ. επίσης Wolmerath, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 62 επ.· Kollmer, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 43· Meskutat κ.ά., ό.π. (υποσ. 22), σ. 110 επ., 129. Πρβλ. ενδεικτικά ΕφΠειρ 399/1995 ΑρχΝ 1998, σ. 803 = δικαστήριο παραπομπής μετ' ανάρτηση από την ΑΠ 1227/1993, ΕΕργΔ 1995, σ. 214, όπου γίνεται λόγος για «χωρίς λόγο εκθρόνιση» που επέδειξε ο δράστης· ΜονΠρωτΘεσσ 158/1989, Αρμ 1989, σ. 880, όπου ο δράστης «χωρίς αποχρώντα λόγο» συμπεριφερόταν κατά τρόπο αυταρχικό, υποτιμητικό και πολλές φορές προσβλητικό έναντι των υφισταμένων του· ΜονΠρωτΑθ 2906/1982, ΕΕργΔ 1983, σ. 216, όπου η συμπεριφορά του δράστη αποδίδεται σε «σύνδρομο κατωτερότητας» αυτού· ΠρωτΑθ 4648/1952, ΕΕργΔ 1952, σ. 956, όπου γίνεται λόγος για «άνευ ουδεμιάς αιτίας βάνουσο[ν], σκληρό[ν], ταπεινωτική[ν] και απειλητική[ν] συμπεριφορά[ν]». Βλ. και Βασιλείου, ΕΕργΔ 1950, σ. 534, ο οποίος ήδη από τότε παρατηρεί ότι «η υβριστική και σκαιά συμπεριφορά του εργοδότη είναι δυνατόν ν' αποβλέπη εις εξαναγκασμόν του μισθωτού εις αποχώρησιν, αλλ' είναι δυνατόν και να μη αποβλέπη εις τοιούτον σκοπόν, αλλ' απλώς να είναι αποτέλεσμα του οξυθύμου και εριστικού χαρακτήρος του εργοδότη ή έστω και εσφαλμένης αντιλήψεως περί των μεθόδων ασκήσεως της διευθυντικής εξουσίας εν τη επιχειρήσει». Εμφανέστερα κατ' εξαίρεση είναι τα αίτια της ηθικής παρενόχλησης όταν η εκθρόνιση σε βάρος του θύματος πηγάζει από την άσκηση από μέρους του δικαιωμάτων ή από την επίδειξη νόμιμης αλλά μη αρεστής στον εργοδότη, σε προϊσταμένους ή συναδέλφους συμπεριφοράς, όπως είναι λ.χ. η ανάπτυξη νόμιμης συνδικαλιστικής δράσης, βλ. ΑΠ 282/2009, ΤΝΠ *Nomos*· Εφ.Πειρ. 678/2001, ΔΕΕ 2002, σ. 1280· η απόκρουση μονομερούς βλαπτικής μεταβολής ή παράνομης μετάθεσης, βλ. ΑΠ 1730/2002, ΤΝΠ *Nomos*· ΑΠ 224/1990, ΕΕργΔ 1990, σ. 515· η πρότασης για οικειοθελή αποχώρηση, βλ. ΕφΚαλαμ 157/2007, ΕΕργΔ 2007, σ. 1496· ΕφΚαλαμ 51/2006, ΕΕργΔ 2006, σ. 1302· η υποβολή ενστάσεων κατά άδικης αξιολόγησης, βλ. ΕφΘεσσ 1559/2006, Αρμ 2006, σ. 1461· η διεκδίκηση των νόμιμων αποδοχών, βλ. ΑΠ 1426/2004, ΕΕργΔ 2005, σ. 576· η απαίτηση έναντι του εργοδότη και των συναδέλφων για τήρηση των διατάξεων για την απαγόρευση του καπνίσματος στον χώρο εργασίας, βλ. ΕφΘεσσ 2896/2006, Αρμ 2007, σ. 256· πρβλ. και παρόμοια υπόθεση που έκρινε το LAG Bremen 17.10.2002 – 3 Sa 78/01, NZA-RR 2003, σ. 236 κ.ο.κ. Στις περιπτώ-

παρενόχλησης παραμένουν στην πράξη ασαφή και αναπόδεικτα, δεν αποκαλύπτονται οπωσδήποτε με τον τρόπο εκδήλωσης της ηθικής παρενόχλησης,²⁹ και θεωρούνται κατά κανόνα επουσιώδη για τη μελέτη του φαινομένου. Ομοίως ποικίλλουν και οι επιδιωκόμενοι στόχοι, εφόσον βέβαια είναι δυνατόν να εξακριβωθούν στην πράξη ή πράγματι υπάρχουν.³⁰ Σήμερα γίνεται εξάλλου δεκτό ότι η εξάπλωση του φαινομένου της (ηθικής) παρενόχλησης στην εργασιακή πραγματικότητα, καθώς και η συχνότητα εκδήλωσής του σε συγκεκριμένο εργασιακό περιβάλλον, αποτελούν μάλλον συνάρτηση πολιτισμικών, ιστορικών, μακρο- και μικροοικονομικών εξελίξεων ή δομικών χαρακτηριστικών του εργασιακού περιβάλλοντος ή της αγοράς εργασίας γενικά και λιγότερο προσωπικών επιθυμιών, ιδιοτήτων και χαρακτηριστικών του θύματος ή του δράστη.³¹ Στο προσκή-

σεις αυτές, όπως και όταν επιδιώκεται ο εξαναγκασμός του μισθωτού σε «οικειοθελή» αποχώρηση από την εργασία (βλ. ενδεικτικά ΑΠ 605/1996, *ΕλλΔνη* 1999, σ. 112· ΜονΠρωτΚαβ 9/1997, *Αρμ* 1997, σ. 537· ΟΛΑΠ 83/1964, *ΕΕργΔ* 1964, σ. 268, ιδίως όταν απολαύει ιδιαίτερης προστασίας από την απόλυση· πρβλ. ΕφΘεσσ 1764/1999, *Αρμ* 2000, σ. 243, όπου σκοπός του δράστη της ηθικής παρενόχλησης εργοδότη ήταν η «οικειοθελής» αποχώρηση εργαζόμενης μητέρας που απολάμβανε τη νόμιμη προστασία από την απόλυση), η ηθική παρενόχληση εκδηλώνεται κατά κανόνα έντονα, συνήθως ως μη νόμιμη ή καταχρηστική άσκηση του διευθυντικού δικαιώματος, και μεταβάλλει ραγδαία τις συνθήκες εργασίας του θύματος, ενώ συχνά καταλήγει στην (ομοίως καταχρηστική, συνήθως ως εκδικητική) καταγγελία της σύμβασης εξαρτημένης εργασίας, πρβλ. και Benecke, *Mobbing...* ό.π. (υποσ. 16), αρ. 57· Wolmerath, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 58.

29 Είναι δηλαδή δυνατόν το θύμα να στοχοποιείται μεν πράγματι από τον δράστη λόγω ενός από τα απαγορευμένα γνωρίσματα διάκρισης που το χαρακτηρίζουν (ή νομίζει, έστω και εσφαλμένα, ο δράστης ότι το χαρακτηρίζουν), η παρενόχληση όμως να εκδηλώνεται με τρόπο που να μην αφήνει υπόνοιες για οποιαδήποτε σύνδεση με το γνώρισμα αυτό.

30 Εκτεινόμενοι, σε συνάρτηση και με τις συνθήκες πυροδότησης της παρενόχλησης, από τον εξαναγκασμό του θύματος σε παραίτηση, βλ. ενδεικτικά ΑΠ 605/1996, *ΕλλΔνη* 1999, σ. 112· ΟΛ ΑΠ 83/1964, *ΕΕργΔ* 1964, σ. 268· ΜονΠρωτΚαβ 9/1997, *Αρμ* 1997, σ. 537· την «τιμωρία» του θύματος λόγω επίδειξης μη αρεστής συμπεριφοράς στην εργασία ή λόγω προσωπικής έχθρας, βλ. ΑΠ 282/2009, *ΤΝΠ Nomos*· ΑΠ 1426/2004, *ΕΕργΔ* 2005, σ. 576· ΑΠ 1730/2002, *ΤΝΠ Nomos*· ΑΠ 224/1990, *ΕΕργΔ* 1990, σ. 515· ΕφΚαλαμ 157/2007, *ΕΕργΔ* 2007, σ. 1496· ΕφΚαλαμ 51/2006, *ΕΕργΔ* 2006, σ. 1302· ΕφΘεσσ 1559/2006, *Αρμ* 2006, σ. 1461· ΕφΘεσσ 2896/2006, *Αρμ* 2007, σ. 256· ΕφΠειρ 678/2001, *ΔΕΕ* 2002, σ. 1280· ως την αύξηση της παραγωγικότητας της εργασίας ή και απλά την προσωπική «ευχαρίστηση» του δράστη, βλ. ΑΠ 967/1991, *ΕΕργΔ* 1993, σ. 36· ή την αυτοεπιβεβαίωση που αντλεί αυτός από τη σχέση δράστη – θύματος, πρβλ. Kollmer, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 44.

31 Wolmerath, ό.π. (υποσ. 18), σ. 7· H. Spamer, *Mobbing am Arbeitsplatz. Ansprüche des betroffenen Arbeitnehmers gegenüber Arbeitskollegen und Arbeitgeber*, Frankfurt am Main, Lang, 2000, σ. 3-4· Leymann, ό.π. (υποσ. 20), σ. 85-86· Wickler, ό.π. (υποσ. 18), Teil 1 αρ. 4 επ· J. Andersson, *Bericht über Mobbing*, Luxembourg, Europäisches Parlament, 2001, σ. 14· W. Däubler, *BB* 26/1995, σ. 1351· Wiese, «Zur Dogmatik des Mobbing im Arbeitsverhältnis», σε: H. Konzen κ.ά. (επιμ.), *Festschrift für Rolf Birk*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, σ. 1009· Kreitner, «Mobbing am Arbeitsplatz», *DstR* 33/1997, σ. 1292. Πρβλ. και Ψήφισμα της 20^{ης} Σεπτεμβρίου 2001 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου σχετικά με την παρενόχληση στους χώρους εργασίας [2001/2339 (INI)] σημεία Ε' και ΣΤ', όπου υποδεικνύεται η «σαφής σχέση μεταξύ, αφενός, της ηθικής παρενόχλησης στους χώρους εργασίας και, αφετέρου, του στρες ή της εργασίας με μεγάλη ψυχολογική ένταση, του αυξημένου ανταγωνισμού, της χαμηλής επαγγελματικής ασφάλειας και ενός καθεστώτος προσωρινότητας», καθώς και ότι στις αιτίες της ηθικής παρενόχλησης «συγκатаλέγονται, μεταξύ άλλων, κενά

νιο τίθεται συνήθως είτε μια αρχική διένεξη (αφορμή), η οποία δεν εξομαλύνεται αλλά βαθαίνει, προσλαμβάνοντας χαρακτήρα ηθικής παρενόχλησης, είτε γενικότερες κοινωνικοοικονομικές εξελίξεις ή παράγοντες που αφορούν την οργάνωση της εργασίας στην εκμετάλλευση ή στην επιχείρηση και επηρεάζουν τη μορφή, το είδος ή το περιβάλλον εργασίας. Είναι με άλλα λόγια εγγενές στη φύση του φαινομένου της ηθικής παρενόχλησης τα κίνητρα του δράστη να παραμένουν στο παρασκήνιο, και για τον λόγο αυτό είναι κατ' αρχήν αδιάφορα για τη μελέτη του αλλά και για τη νομική του αξιολόγηση. Συνακόλουθα, η υπαγωγή περιστατικών ηθικής παρενόχλησης σε διαφορετική νομική μεταχείριση ανάλογα με τα παραγωγικά αίτια της βούλησης του δράστη ή τις ιδιότητες του θύματος αντίκειται στη φύση του πράγματος και δεν δικαιολογείται από κάποια ανάγκη παροχής ιδιαίτερης προστασίας λόγω της ιδιαίτερης σφοδρότητας της προσβολής ή της βαρύτητας της προκαλούμενης βλάβης.³²

Αφετηρία της νομικής αξιολόγησης της ηθικής παρενόχλησης αποτελεί έτσι η γενική παραδοχή ότι θύμα ηθικής παρενόχλησης μπορεί κατά κανόνα να πέσει με τον ίδιο τρόπο κάθε εργαζόμενος, ανεξαρτήτως κλάδου ή μεγέθους επιχείρησης, ειδικότητας, ιεραρχικής θέσης, φύλου, εθνικής καταγωγής, σεξουαλικού προσανατολισμού ή άλλων ατομικών χαρακτηριστικών.³³

και ανεπάρκειες στην οργάνωση της εργασίας, στο εσωτερικό σύστημα πληροφόρησης και στο μάντζιμεντ» και «ότι μη επιλυθέντα μακροχρόνια οργανωτικά προβλήματα αποτελούν μεγάλη επιβάρυνση για τις ομάδες εργασίας και ενδέχεται να οδηγήσουν σε καταστάσεις “αποδιοπομπαίου τράγου” και σε ηθική παρενόχληση».

32 Παρόμοια, από τα πραγματικά περιστατικά της πλούσιας νομολογίας των γερμανικών δικαστηρίων όσον αφορά την ηθική παρενόχληση, συνάγεται ότι κατά τη νομική αξιολόγηση του φαινομένου δεν ερευνώνται τα κίνητρα του δράστη, παρά μόνον ο τρόπος εκδήλωσης της παρενόχλησης ή και τα αίτια της αρχικής διένεξης στην οποία αποδίδεται η αφετηρία της συμπεριφοράς του δράστη. Εξάλλου, για το ορισμένο της αγωγής δεν απαιτείται ο ενάγων να επικαλεστεί την ύπαρξη συγκεκριμένων κινήτρων του δράστη, παρά μόνο τα πραγματικά περιστατικά από τα οποία προκύπτει η ηθική παρενόχληση, η συστηματικότητα δηλαδή της συμπεριφοράς, η σχέση δράστη θύματος και η προσβολή της προσωπικότητας ή και άλλων δικαιωμάτων ή εννόμων αγαθών του θύματος. Στο μέτρο πάντως που τα κίνητρα του δράστη αποδεικνύονται, θα ληφθούν υπ' όψιν λ.χ. για την επιμέτρηση της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης κ.λπ., βλ. Kollmer, *ό.π.* (υποσ. 18), αρ. 157a.

33 Βλ. και Μ. Σπυριδάκη, *Εξουσία και παρενόχληση στην εργασία*, Αθήνα, Διόνικος, 2009, σ. 26· Leymann, *ό.π.* (υποσ. 20), σ. 84 επ.· Kollmer, *ό.π.* (υποσ. 18), αρ. 3, 42· Beermann, *PersR* 9/1993, σ. 387· Meskutat κ.ά., *ό.π.* (υποσ. 22), σ. 37-38, 64· Niedl, *ό.π.* (υποσ. 21), σ. 141· R. Brinkman, *Mobbing, Bullying, Bossing. Treibjagd am Arbeitsplatz – Erkennen, Beeinflussen und Vermeiden systematischer Feindseligkeiten*, Heidelberg, Sauer Verlag, 2002, σ. 91 επ.· Groeblichhoff, *AuA* 4/99, 162 (163)· Dahlkamp κ.ά., «Kollege Feind», σε: *Der Spiegel* 16/2012, σ. 58.

3. Επέκταση με αναλογία της προστασίας από τις αδικαιολόγητες διακρίσεις και από την παρενόχληση

Αν η διακριτική μεταχείριση μεταξύ θυμάτων (ηθικής) παρενόχλησης δεν δικαιολογείται από μια ιδιαίτερη σφοδρότητα της προσβολής ή από μια ιδιαίτερη βαρύτητα της βλάβης όταν η παρενόχληση συνδέεται με κάποιο από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης του δικαίου της Ένωσης, ανακύπτει το ζήτημα της υπέρβασης της διαφορετικής μεταχείρισης, και ιδιαίτερα το ερώτημα της δυνατότητας επέκτασης του ευνοϊκότερου καθεστώτος που εισήχθη με τη νομοθεσία για την απαγόρευση των διακρίσεων και πέραν του άμεσου πεδίου εφαρμογής της, όπως καθορίζεται από τα γνωρίσματα αυτά.

3.1 Απαγόρευση αναλογίας στο δίκαιο της Ένωσης και στην εθνική έννομη τάξη;

Η επέκταση με αναλογία³⁴ των προστατευτικών ρυθμίσεων για την μη διάκριση και πέραν των γνωρισμάτων που καθορίζονται από τον ενωσιακό νομοθέτη (και κατ' επέκταση από τον εθνικό νομοθέτη κατά την ενσωμάτωση των σχετικών Οδηγιών) απορρίπτεται από την μάλλον κρατούσα γνώμη. Σύμφωνα με αυτήν, η περί απαγόρευσης των διακρίσεων νομοθεσία βρίσκει εν προκειμένω εφαρμογή μόνο και αποκλειστικά στο μέτρο που η *ηθική παρενόχληση* (νοούμενη εν προκειμένω ως «απλή» ή «μη σεξουαλική» παρενόχληση) συνδέεται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, και μάλιστα χωρίς να υπάρχει δυνατότητα επέκτασης με αναλογία της προστασίας και σε άλλα μη ρητώς και ειδικώς κατονομαζόμενα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης («Analogieverbot»)³⁵. Κατά μία παραλλαγή μάλιστα της ίδιας γνώμης, εφόσον η (ηθική) παρενόχληση δεν συνδέεται με ένα από τα αποκλειστικά στις διατάξεις του ενωσιακού (ή του εθνικού) δικαίου

34 Η *praeter legem* διάπλαση του δικαίου μέσω αναλογίας προϋποθέτει τη διαπίστωση κενού στον νόμο ή στο δίκαιο. Όπως παρατηρείται, τέτοιο κενό υφίσταται και όταν από περισσότερες διατάξεις συνάγεται η διαφορετική νομική μεταχείριση παρόμοιων πραγματικών περιστατικών, με τρόπο ώστε να ματαιώνεται η αναγκαία αξιολογική ενότητα της έννομης τάξης (*«unerlässliche wertungsmäßige Einheit der Rechtsordnung»*), βλ. C.W. Canaris, «Anmerkung zum BAG 5.12.1969 – 3 AZR 514/68», SAE 1971, σ. 111. Τούτο ισχύει ιδίως «όταν η νομοθεσία που προστατεύει την ανθρώπινη αξία είναι σ' ένα συγκεκριμένο κοινωνικό χώρο ελλιπής», έτσι Δ. Τραυλός-Τζανετάτος, *Δίκαιο και Πολιτική* 1982, σ. 123, 131. Η υπαγωγή στην έννοια και στις έννομες συνέπειες της «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης εκείνων των περιστατικών ηθικής παρενόχλησης που συνδέονται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης συνεπάγεται αναμφίβολα, όπως ήδη αναφέρθηκε, την ευνοϊκότερη νομική μεταχείριση των περιπτώσεων αυτών έναντι άλλων περιπτώσεων ηθικής παρενόχλησης που δεν εμφανίζουν ανάλογη σύνδεση.

35 Βλ. Ζερδελή, ό.π. (υποσ. 13), σ. 217 αρ. 386· Lorho και Hilp, ό.π. (υποσ. 25), σ. 24-25, 30, 31· Benecke, *Mobbing...* ό.π. (υποσ. 16), αρ. 430, 431, 456, 485 επ.· Däubler, ό.π. (υποσ. 18), παρ. 1 αρ. 6 επ.· Adomeit και Mohr, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 1 αρ. 6· G. Thüsing, *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, München, C.H. Beck, 2007, σ. 89 επ.· Kock, MDR 19/2006, 1088· Wendeling-Schröder, ό.π. (υποσ. 16)· Einl. αρ. 60, παρ. 1 αρ. 8· και ιδίως Eggert-Weyand, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 55· Eggert-Weyand, *Belästigung...* ό.π. (υποσ. 5), σ. 17, 27.

απαριθμούμενα γνωρίσματα, κείται ήδη εκτός του εννοιολογικού πλαισίου της «απλής» ή «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης ως νομικής έννοιας. Η επιλήψιμη δηλαδή συμπεριφορά δεν αξιολογείται ως «παρενόχληση» κατά την έννοια του νόμου, καθότι αυτή προϋποθέτει (εννοιολογικά) συμπεριφορά που σχετίζεται με κάποιο από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης.

Όπως έχει σε άλλη θέση εξηγηθεί,³⁶ η άποψη αυτή, στο μέτρο που εκλαμβάνει ως εννοιολογικό στοιχείο της «απλής» ή «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης τη σύνδεση της επιλήψιμης συμπεριφοράς με κάποιο από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, συγχέει το πεδίο εφαρμογής των σχετικών ρυθμίσεων με τα προαπαιτούμενα εννοιολογικά στοιχεία της «παρενόχλησης» ως νομικής έννοιας και ως ειδικότερα στον νόμο ρυθμισμένης μορφής προσβολής της προσωπικότητας. Τα απαριθμούμενα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης καθορίζουν δηλαδή το πεδίο εφαρμογής των σχετικών διατάξεων και σε περιπτώσεις παρενόχλησης· δεν προσδιορίζουν εννοιολογικά την τελευταία. Θα πρέπει μάλιστα να σημειωθεί ότι, ειδικά όσον αφορά την ηθική παρενόχληση, ορθά παρατηρείται ότι κάθε προσπάθεια ορισμού του εννοιολογικού της περιεχομένου που προσανατολίζεται σε συγκεκριμένα μόνο μοτίβα εμφάνισης του φαινομένου, την συνδέει δηλαδή εννοιολογικά με ορισμένα μόνον αίτια, μορφές εκδήλωσης και συνέπειες ή τον συνδυασμό τους, δεν αποδίδει τελικά την αληθινή του έκταση.³⁷ Η παρατήρηση αυτή ισχύει και για την «απλή» ή «μη σεξουαλική» παρενόχληση.

Η ίδια άποψη επικαλείται περαιτέρω την περιοριστική απαρίθμηση των γνωρισμάτων απαγορευμένης διάκρισης από το πρωτογενές και το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο (Enumerationsprinzip), προκειμένου να συναγάγει την άνευ ετέρου απαγόρευση της μέσω αναλογίας επέκτασης του ειδικού προστατευτικού πλαισίου και σε άλλα «γνωρίσματα» που αποτελούν αφορμές διάκρισης. Σημασία έχει εν προκειμένω η Απόφαση του ΔΕΕ της 11.7.2006 στην υπόθεση *Chacón Navas*³⁸, η οποία έγινε ευρέως κατανοητή ως επιβεβαίωση της απαγόρευσης επέκτασης του πεδίου εφαρμογής της προστασίας από τις διακρίσεις μέσω αναλογίας και πέραν των ρητά κατονομαζόμενων στις οικείες Οδηγίες γνωρισμάτων. Από την απόφαση αυτή συνάγει μάλιστα η κρατούσα γνώμη το συμπέρασμα ότι η απαγόρευση αναλογίας δεσμεύει κατ' επέκταση και τον εθνικό δικαστή όταν εφαρμόζει τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας με τις οποίες ενσωματώνονται οι σχετικές ενωσιακές

36 Βλ. Μπουμπουχερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 98 επ., 102 επ., αρ. 10 επ., 13 επ. Πρβλ. επίσης BAG – Απόφαση της 25.10.2007, 8 AZR 593/06 αρ. 57 επ. (59), NZA 2008, 223 = *ArztRecht* 2008, 316 = SAE 2008, 307· BAG – Απόφαση της 22.7.2010, 8 AZR 1012/08, σκ. 90· Bauer κ.ά., AGG – *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - Kommentar*, München, C. H. Beck, 2011, παρ. 3, αρ. 46.

37 Βλ. Benecke, *Mobbing...* ό.π. (υποσ. 16), αρ. 12.

38 C-13/05, Συλλογή 2006 I – 06467.

ρυθμίσεις.³⁹ Η συναγωγή μιας απαγόρευσης αναλογίας (Analogieverbot) από το Δ.Ε.Ε. στην υπόθεση *Navas* προϋποθέτει, όμως, ότι, αν και το Δικαστήριο διαπίστωσε κενό στο πλαίσιο της ενωσιακής έννομης τάξης, ωστόσο μια ιδιαίτερη ανάγκη για ασφάλεια δικαίου επέβαλε την υποχώρηση της θεμελιώδους αρχής της ισότητας εμποδίζοντας την πλήρωση του κενού μέσω της νομολογιακής διάπλασης του δικαίου.⁴⁰ Εγγύτερη επισκόπηση των σκέψεων του ενωσιακού δικαστή μάς δείχνει ότι το ΔΕΕ δεν διέλαβε τέτοιες σκέψεις στην απόφασή του.⁴¹ Όπως ορθά παρατηρείται,⁴² στην υπόθεση *Navas* το ΔΕΕ ουδόλως ασχολήθηκε με το αν συντρέχουν ή όχι οι προϋποθέσεις μιας ανάλογης εφαρμογής των σχετικών διατάξεων. Η άρνησή του να επεκτείνει την προστασία και σε γνωρίσματα που δεν κατονομάζονται ρητά στις σχετικές Οδηγίες ή δεν εμπίπτουν στο εννοιολογικό πεδίο των ήδη εκεί απαριθμούμενων γνωρισμάτων οφείλεται, σύμφωνα με τις αιτιολογίες του Δικαστηρίου,⁴³ στο ότι από την ΣΕΚ δεν θεμελιωνόταν αρμοδιότητα της Κοινότητας (και πλέον Ένωσης) παρά μόνο για τα περιοριστικά στο άρθρο 13 ΣΕΚ⁴⁴ απαριθμούμενα γνωρίσματα.⁴⁵ Για τον λόγο αυτό, διάκριση βάσει άλλων γνωρισμάτων πλην των ειδικά κατονομαζόμενων δεν είναι δυνατόν να αξιολογηθεί υπό το πρίσμα του ενωσιακού δικαίου της απαγόρευσης των διακρίσεων.⁴⁶

39 Έτσι Benecke, *RdA* 6/2008, 357 επ. (359)· πρβλ. και Benecke, *Mobbing...* ό.π. (υποσ. 16), αρ. 430, 431, 456, 485 επ.· Kollmer, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 208 επ.· Eggert-Weyand, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 αρ. 65· Wendeling-Schröder, ό.π. (υποσ. 16), παρ. 3 αρ. 38· Grosch, *AuA* 9/2009, σ. 518· Schleusener σε: Schleusener/Suckow/Voigt (επιμ.) *Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz*, München, Luchterhand, 2008, παρ. 3 αρ. 149· Däubler, ό.π. (υποσ. 18), παρ. 1 αρ. 6 επ.· Adomeit και Mohr, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 1 αρ. 6· G. Thüsing, ό.π. (υποσ. 35), σ. 89 επ.· Kock, *MDR* 19/2006, σ. 1088· Wendeling-Schröder, ό.π. (υποσ. 16)· Einl. αρ. 60, παρ. 1 αρ. 8.

40 Βλ. C.W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, παρ. 175 επ.

41 Έτσι ήδη Δ. Τραυλός-Τζανετάτος, *ΕΕργΔ* 2011, σ. 337.

42 Domröse, *NZA* 2006, σ. 1322.

43 Βλ. ΔΕΕ C-13/05, απόφαση της 11ης Ιουλίου 2006, *Chacón Navas*, σκ. 54-56.

44 Και ήδη στο άρθρο 19 παρ. 1 ΣΛΕΕ.

45 Πρβλ. επίσης ΔΕΕ C-303/06, απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, *Coleman*, σκ. 46. Βλ. και Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, ό.π. (υποσ. 41), σ. 334, 337 επ. Κριτικά για την περιορισμένη απαρίθμηση των γνωρισμάτων απαγορευμένης διάκρισης στην ΣΕΚ ως όριο της ενωσιακής έννομης τάξης βλ. Däubler, ό.π. (υποσ. 18), παρ. 1 αρ. 6-7· Adomeit και Mohr, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 1 αρ. 19, 21. Την αναπόφευκτη διεύρυνση των γνωρισμάτων απαγορευμένης διάκρισης διαβλέπει ο Thüsing, ό.π. (υποσ. 4), αρ. 79 επ. Πρβλ. ήδη και την υιοθέτηση της αρχής της απαγόρευσης των (αδικαιολόγητων) διακρίσεων στο άρθρο 21 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ουσιαστικά χωρίς περιορισμό, αν και από τη διάταξη της παραγράφου 2 του άρθρου 51 του ίδιου Χάρτη διευκρινίζεται ότι αυτός «δεν διευρύνει το πεδίο εφαρμογής του δικαίου της Ένωσης πέραν των αρμοδιοτήτων της Ένωσης και δεν θεσπίζει νέες αρμοδιότητες και καθήκοντα για την Ένωση, ούτε τροποποιεί τις αρμοδιότητες και τα καθήκοντα όπως ορίζονται στις Συνθήκες».

46 Βλ. Μπουμπουχερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 241 επ. αρ. 85 επ. Για την εξέλιξη της νομολογίας του

Ακόμη όμως και αν γινόταν δεκτό ότι η έλλειψη ενωσιακής αρμοδιότητας, δηλαδή τα καθ' εαυτά όρια της ενωσιακής έννομης τάξης, δεν αποκλείουν την ύπαρξη κενού στο παράγωγο (δευτερογενές) ενωσιακό δίκαιο, παρά μόνο την πλήρωσή του, συναγομένης έτσι από τη νομολογία του Δ.Ε.Ε. μιας απαγόρευσης της επέκτασης με αναλογία των κρίσιμων ρυθμίσεων πέραν των ορίων της *secundum legem* διασταλτικής ερμηνείας, όπως θέλει η αντίθετη άποψη, η απαγόρευση αυτή, κρινόμενη στο πεδίο της ενωσιακής έννομης τάξης, δεν βρίσκει άνευ ετέρου εφαρμογή και στις εθνικές έννομες τάξεις των κρατών-μελών. Η απαγόρευση τής μέσω αναλογίας κάλυψης υφιστάμενου κενού στον νόμο ή στο δίκαιο παριστά την διορθωτική επίδραση της αρχής της ασφάλειας δικαίου στην αρχή της απαγόρευσης της άνισης μεταχείρισης.⁴⁷ Οι ιδιαίτερες ανάγκες για ασφάλεια δικαίου, οι οποίες δικαιολογούν την κατ' εξαίρεση υποχώρηση της αρχής της (διαφοροποιητικής) ισότητας, δεν είναι δυνατόν να αξιολογούνται πανομοιότητα σε διαφορετικές έννομες τάξεις. Τούτο καθίσταται με ευκολία κατανοητό ιδίως στο πεδίο έντασης μεταξύ ενωσιακής και εθνικής έννομης τάξης, και προ πάντων κατά τη διαδικασία εναρμόνισης των εθνικών δικαίων μέσω Οδηγιών, όπου τα κράτη-μέλη διαθέτουν μια δεδομένη ελευθερία διαμόρφωσης των εθνικών τους ρυθμίσεων κατά τη φάση της ενσωμάτωσής τους, τα όρια της οποίας καθορίζονται από την αποτελεσματική επίτευξη των στόχων των Οδηγιών.⁴⁸

Εν προκειμένω, μέσω των Οδηγιών για την απαγόρευση των διακρίσεων καθορίστηκαν οι ελάχιστες προϋποθέσεις προστασίας, ενώ επιπλέον αφέθηκε στα κράτη-μέλη η δυνατότητα θέσπισης ή διατήρησης ευνοϊκότερων διατάξεων.⁴⁹ Συνάγεται ως εκ τούτου ότι αφενός η προστατευτική εμβέλεια σε κάθε κράτος-μέλος δεν μπορεί να υπολείπεται του επιπέδου προστασίας που καθιερώνουν οι σχετικές Οδηγίες, αφετέρου όμως εναπόκειται σε κάθε εθνική έννομη τάξη να εξετάσει αν υπάρχει δυνατότητα ή ανάγκη επέκτασης της προστασίας πέρα από τα κατώτατα όρια που θέτει το δευτερογενές ενωσιακό δίκαιο ή επέκτασης της ίδιας αυτής προστασίας και σε γνωρίσματα για τα οποία η Ένωση δεν φαίνεται να έχει αρμοδιότητα. Πράγματι, και για να παραμείνουμε στο περιβάλλον της υπόθεσης *Chacón Navas*, ο Ισπανός λ.χ. νομοθέτης εξασφάλισε, χωρίς ασφαλώς να παραβιάζει με τον τρόπο αυτό το ενωσιακό δίκαιο, παρόμοια προστασία σε όσους υφίστανται δυσμενή διάκριση, όχι μόνο λόγω των γνωρισμάτων του άρθρου 13 Σ.Ε.Κ., αλλά επιπλέον και λόγω κοινωνικής ένταξης, λόγω πολιτικών ιδεών, λόγω συμμετοχής ή όχι σε συνδικα-

ΔΕΕ σχετικά με το ειδικότερο ζήτημα της αντιμετώπισης της ασθένειας ως αναπηρίας βλ. Γαβαλά, *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1203· Γαβαλά, *ΕΕργΔ* 2015, σ. 432.

47 Canaris, *ό.π.* (υποσ. 40), παρ. 175 επ.

48 S. Hobe, *Europarecht*, München, Vahlen, αρ. 28 επ. Πρβλ. και Τραυλό-Τζανετάτο, *ΕΕργΔ* 2011, σ. 332.

49 Άρθρα 14 Οδηγίας 2010/41/ΕΕ, 27 Οδηγίας 2006/54/ΕΚ, 7 Οδηγίας 2004/113/ΕΚ, 8 Οδηγίας 2000/78/ΕΚ, 6 Οδηγίας 2000/43/ΕΚ.

λιστική οργάνωση ή υπαγωγής ή όχι σε συλλογικές συμβάσεις εργασίας ή άλλες συλλογικές συμφωνίες, λόγω συγγένειας με άλλα μέλη της εκμετάλλευσης ή λόγω γλώσσας.⁵⁰ Παρομοίως, όλως προσφάτως, ο Έλληνας νομοθέτης διπύρυνε με τον ν. 4443/2016 τα γνωρίσματα στη βάση των οποίων απαγορεύονται οι διακρίσεις.⁵¹

Ό,τι όμως επιτρέπεται από απόψεως ενωσιακού δικαίου στον εθνικό νομοθέτη, δεν είναι δυνατόν να απαγορεύεται στην εθνική νομολογία (Δικαιοσύνη) κατά την εκπλήρωση της αποστολής της, και κυρίως κατά τη νομολογιακή διάπλαση του δικαίου *secundum, praeter* και *extra legem*, και εντός των ορίων που επιβάλλουν οι κανόνες της ερμηνείας αλλά και, ιδίως, «οι θεμελιακές αξιολογήσεις και νομικοπολιτικές αποφάσεις του Συντάγματος και οι συνυφασμένες με αυτές οργανωτικολειτουργικές αρχές».⁵² Όπως άλλωστε επισημαίνεται,⁵³ η νομοθετική προσθήκη επιπλέον λόγων απαγορευμένης διάκρισης πέραν όσων ρητά κατονομάζονται στο ενωσιακό δίκαιο αποτελεί αμιγώς εσωτερική νομοθεσία και, ως εκ τούτου, οι λόγοι αυτοί δεν απολαύουν υπερνομοθετικής ισχύος, ούτε υπάγονται στην ερμηνευτική αρμοδιότητα του ΔΕΕ. Λογικό επακόλουθο της επισήμανσης αυτής είναι ότι, ομοίως, δεν υπάγεται στην ερμηνευτική αρμοδιότητα του ΔΕΕ ο έλεγχος της δυνατότητας νομολογιακής επέκτασης μέσω αναλογίας από τον εθνικό δικαστή της ειδικής προστατευτικής νομοθεσίας, που εν τω μεταξύ έχει ενσωματωθεί στο εθνικό δίκαιο, σε μη ρητώς κατονομαζόμενα στο δίκαιο της Ένωσης γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης. Με διαφορετική διατύπωση, δεν τίθεται ζήτημα υποβολής από τον εθνικό δικαστή προδικαστικού ερωτήματος στο ΔΕΕ δυνάμει του άρθρου 267 ΣΛΕΕ με αντικείμενο τη δυνατότητα επέκτασης στο πλαίσιο της νομολογιακής διάπλασης του εθνικού δικαίου μέσω αναλογίας των περί απαγορεύσεως των διακρίσεων διατάξεων σε γνωρίσματα για τα οποία η Ένωση στερείται αρμοδιότητας στον τομέα της καταπολέμησης των διακρίσεων.⁵⁴ Μέτρο για τη διαπίστωση και την πλήρωση των κενών στο πλαίσιο της εθνικής έννομης τάξης παραμένει λοιπόν κατ' αρχήν αυτή η ίδια η εθνική έννομη τάξη, και μάλιστα ανεξάρτητα από το αν η δημιουργία του κενού ανατρέχει στη διαδικασία ενσωμάτωσης των ενωσιακών ρυθμίσεων και της εν γένει εναρμόνισης του εθνικού με το ενωσιακό δίκαιο. Ακόμη λοιπόν και αν δεχόταν κανείς την ύπαρξη στο πεδίο της ενωσιακής έννομης τάξης μιας απαγόρευσης επέκτασης της προστασίας με αναλογία στο δίκαιο της μη διάκρισης, η απα-

50 Βλ. ΔΕΕ C-13/05, απόφαση της 11ης Ιουλίου 2006, *Chacón Navas*, σκ. 16.

51 Βλ. Δ. Γούλα και Στ. Κοφίνη, *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1303 επ.

52 Βλ. ήδη έτσι Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, *Επιρρεπείς σε ζημία εργασίες*, σ. 66· Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, *ΕΕργΔ* 2011, σ. 332, 335-336, 342.

53 Βλ. Γούλα και Κοφίνη, *ΕΕργΔ* 2016, σ. 1307.

54 Βλ. υπ' αυτήν την έννοια σκέψεις 54-56 της Απόφασης Δ.Ε.Ε. της 11.7.2006 στην υπόθεση C-13/05, *Chacón Navas*.

γόρευση αυτή δεν δεσμεύει τον εθνικό δικαστή, ο οποίος οφείλει να ερευνήσει και να επαληθεύσει την ύπαρξη των προϋποθέσεων μιας απαγόρευσης αναλογίας στο πλαίσιο της εθνικής —και εν προκειμένω της ελληνικής— έννομης τάξης, ήτοι την ύπαρξη κενού και συγχρόνως μιας ιδιαίτερης ανάγκης για ασφάλεια δικαίου, η οποία να επιβάλλει κατ' εξαίρεση την μη πλήρωσή του.⁵⁵

3.2 Ένταξη της παρενόχλησης στο σύστημα των διακρίσεων και αναλογία

Βεβαίως, η διαμόρφωση του καταλόγου των γνωρισμάτων απαγορευμένης διάκρισης είναι πολιτική επιλογή, προϊόν δηλαδή πολιτικών σταθμίσεων και συμβιβασμών.⁵⁶ Η απαγόρευση των διακρίσεων σε σχέση με κάποιο από τα γνωρίσματα αυτά εισήγαγε εξάλλου στις περισσότερες έννομες τάξεις —ανάμεσά τους και στην ελληνική— μια νέα, ιδιαίτερη νομική απαξία. Έτσι, ενώ η (εξατομικευμένα) άνιση μεταχείριση διαφορετικών προσώπων είναι κατ' αρχήν αξιολογικά ουδέτερη, μεταβάλλεται το πρώτον σε απαγορευμένη διάκριση όταν αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχει κανένας λόγος από εκείνους που θα μπορούσαν, έστω υπό αυστηρές προϋποθέσεις, να την δικαιολογήσουν.⁵⁷ Η μέσω αναλογίας επέκταση αυτού του ιδιόρρυθμου αδίκου που γεννά η απαγόρευση της άνισης μεταχείρισης λόγω συγκεκριμένων γνωρισμάτων, αδιακρίτως και πέραν αυτών, θα σήμαινε τη νομολογιακή δημιουργία νέου αδίκου σε κατηγορίες που, στο μέτρο που δεν υπάγονται ευθέως στη νομοθεσία για την απαγόρευση των διακρίσεων, θα μπορούσαν να θεωρηθούν ότι παραμένουν σήμερα κατ' αρχήν αξιολογικά ουδέτερες, καταλήγοντας σε έναν δυνάμει υπέρμετρο περιορισμό της συμβατικής ελευθερίας.⁵⁸

Η επιχειρηματολογία αυτή δεν επαληθεύεται οπωσδήποτε, τουλάχιστον σε συνάρτηση με την παρενόχληση ως διάκριση. Η συμπερίληψη της «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης στις απαγορευμένες μορφές διακρίσεων από τον ενωσιακό και κατ' επέκταση τον εθνικό νομοθέτη εξυπηρετεί κατανοητές νομοτεχνικές σκοπιμότητες, είναι όμως συστημικά ξένα, καθότι εδράζεται επί διαφορετικών σε σχέση με τις λοιπές μορφές διακρίσεων αξιολογήσεων.⁵⁹ Στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών, κάθε λιγότερο ευνοϊκή συμπεριφορά

55 Βλ. ομοίως Τραυλό-Τζανετάτο, *ΕΕργΔ* 2011, σ. 345.

56 Βλ. Däubler, *ό.π.* (υποσ. 18), παρ. 1 αρ. 7., κατά τον οποίο στη βάση της επιλογής των κριτηρίων απαγορευμένης διάκρισης «*liegt letztlich eine politische Wertentscheidung bei der Schaffung des Art. 13 EG*». Παρόμοια παρατηρεί ο Thüsing, *ό.π.* (υποσ. 4), αρ. 82, ότι «*(Diskriminierungsverbote) beruhen auf gesellschaftlicher Wahl, und wo der Gesetzgeber sie nicht schafft, fehlen sie*».

57 Πρβλ. Ζερδελή, *ό.π.* (υποσ. 13), σ. 254 επ., αρ. 468 επ.

58 Πρβλ. Ζερδελή, *ό.π.* (υποσ. 13), σ. 222, αρ. 397.

59 Βλ. έτσι και Bauer κ.ά., *ό.π.* (υποσ. 36), Einl, αρ. 10, παρ. 3 αρ. 39· Thüsing, *ό.π.* (υποσ. 4), παρ. 3 AGG αρ. 51· Annuß και Rupp, *HWK*, παρ. 3 AGG αρ. 12· Göpfert και Siegrist, *ZIP* 2006, σ. 1710. Με το άρθρο 26 παρ. 2 του Αναθεωρημένου Ευρωπαϊκού Κοινωνικού Χάρτη, που κυρώθηκε από την Ελλάδα με τον

που δεν μπορεί να δικαιολογηθεί αντικειμενικά αποκτά την ιδιαίτερη νομική της απαξία από το γεγονός και μόνο της σύνδεσής της με ένα ή περισσότερα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, και υπό την προϋπόθεση της ύπαρξης (έστω και υποθετικής) ενός συγκρίσιμου εργαζομένου που λειτουργεί ως μέτρο της δυσμενώς αποκλίνουσας συμπεριφοράς, χωρίς να απαιτείται η ίδια συμπεριφορά να προσβάλλει αυτοτελώς και αφ' εαυτής, με τον τρόπο δηλαδή που εκδηλώνεται, την αξιοπρέπεια του θιγομένου.⁶⁰ Όπως παρατηρείται, ως άμεση ή έμμεση διάκριση αποδοκιμάζεται καθ' εαυτήν η άνιση μεταχείριση κατ' αρχήν ανόμοιων καταστάσεων, στο πλαίσιο ενός υποτιθέμενου κοινού δυτικοευρωπαϊκού αξιακού κώδικα.⁶¹ Υπ' αυτήν την έννοια, για να εμπίπτει στο προστατευτικό πεδίο των Οδηγιών λ.χ. η άμεση ή η έμμεση δυσμενής διάκριση που συνδέεται με ένα από τα ανωτέρω γνωρίσματα, δεν απαιτείται να εκδηλώνεται ως τέτοια με προσβλητικό της προσωπικότητας τρόπο.⁶²

Η «απλή» ή «μη σεξουαλική» παρενόχληση, αντίθετα, αντλεί την ιδιαίτερη απαξία της, όχι από το γεγονός ότι παριστά «λιγότερο ευνοϊκή μεταχείριση», ούτε μόνον επειδή η εν λόγω συμπεριφορά συνδέεται με ένα από τα ανωτέρω γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, αλλά εξαιτίας τής με αυτήν σκοπούμενης ή κατ' αποτέλεσμα προκαλούμενης προσβολής της αξιοπρέπειας του θύματος, από το γεγονός δηλαδή ότι η «δημιουργία εκφοβιστικού, εκθρικού, εξευτελιστικού, ταπεινωτικού ή επιθετικού περιβάλλοντος» προσβάλλει πάντοτε την αξιοπρέπεια και κατ' επέκταση το δικαίωμα στην προσωπικότητα του αποδέκτη της παρενόχλησης.⁶³ Αν και η παρενόχληση οδηγεί σε ή συνιστά κατά κανόνα

ν. 4359/2016, ορίζεται πλέον ότι, με σκοπό τη διασφάλιση της αποτελεσματικής άσκησης του δικαιώματος των εργαζομένων στην προστασία της αξιοπρέπειας στην εργασία, τα Μέρη αναλαμβάνουν, σε διαβούλευση με τις οργανώσεις εργοδοτών και εργαζομένων, να προάγουν την ευαισθητοποίηση, την ενημέρωση και την πρόληψη επαναλαμβανόμενων επικριτικών ή σαφώς αρνητικών και προσβλητικών ενεργειών κατά μεμονωμένων εργαζομένων στον χώρο εργασίας ή σε σχέση με την εργασία και να λαμβάνουν όλα τα κατάλληλα μέτρα για την προστασία των εργαζομένων από τέτοιου είδους συμπεριφορές. Για τον Χάρτη, δηλαδή, η προστασία από την παρενόχληση συνιστά εκδήλωση του «δικαιώματος στην αξιοπρέπεια στην εργασία».

60 Βλ. Bauer κ.ά., ό.π. (υποσ. 36), AGGKomm, Einl. αρ. 10. Πρβλ. και Eggert-Weyand, *Belästigung...* ό.π. (υποσ. 5), σ. 148, «η κατ' αρχήν αξιολογικά ουδέτερη άνιση μεταχείριση διαφορετικών προσώπων μεταβάλλεται το πρώτον σε απαγορευμένη διάκριση, όταν αποδεικνύεται ότι δεν συντρέχει κανένας λόγος από εκείνους που θα μπορούσαν να δικαιολογήσουν την διαφορετική μεταχείριση».

61 Έτσι Bauer κ.ά., ό.π. (υποσ. 36), AGGKomm, Einl. αρ. 10.

62 Όπως παρατηρεί ο Thüsing, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 AGGRdn. 52, «ο πατέρας ο οποίος χαρίζει ένα αυτοκίνητο στον γιο του για την ενηλικίωσή του δεν ενεργεί κακόπιστα, ούτε κατά παράβαση της αρχής της ισότητας, σε σχέση με τον πατέρα που αρκείται σε μια πιο ταπεινή ανταμοιβή. Όταν όμως ένας πατέρας χαρίζει στον έναν του γιο ένα αυτοκίνητο και στον άλλον, με την ίδια αφορμή, ένα ποδήλατο, τότε αυτό συνιστά κατ' αρχήν άνιση, αντίθετη με την καλή πίστη μεταχείριση». Ασφαλώς, ούτε η δωρεά του αυτοκινήτου ούτε η δωρεά του ποδηλάτου προσβάλλουν (κατά κανόνα), αυτοτελώς ιδωμένες, την προσωπικότητα των δωρεοδόχων του παραδείγματος.

63 G. Thüsing, *ZfA* 2001, 397 (411) = *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, 114, αρ. 278 = *MünchKomm BGB* παρ. 3 αρ. 52, κατά τη διατύπωση του οποίου «το άδικο ενυπάρχει στην ίδια την πράξη, δεν προκύ-

διάκριση ή δυσμενή μεταχείριση σε βάρος του θύματος,⁶⁴ εντούτοις δεν αντλεί από αυτό τη νομική της απαξία. Η προστασία της προσωπικότητας ως απόρροια της θεμελιώδους αρχής του σεβασμού της αξίας του ανθρώπου ακολουθεί στη χώρα μας ένα ιδεατό, καθολικό και αφηρημένο μέτρο, που εξασφαλίζει απόλυτη προστασία για κάθε πρόσωπο και όχι σχετική, συγκρίσιμη δηλαδή προστασία με εκείνη που απολαμβάνουν άλλα άτομα υπό τις ίδιες συνθήκες. Μια συμπεριφορά που συνιστά, κατά την έννοια του νόμου, «απλή» ή «μη σεξουαλική» παρενόχληση δεν είναι κοινωνικά πρόσφορη και νομικά ανεκτή όταν από τις περιστάσεις δεν προκύπτει η άνιση μεταχείριση του αποδέκτη, όταν δηλαδή δεν υπάρχει «συγκρίσιμος» εργαζόμενος ή κατηγορία εργαζομένων, ούτε όταν δεν σχετίζεται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης. Δεν αποβάλλει έτσι τον άδικο χαρακτήρα της η προσβλητική, εκφοβιστική, εκθρική, εξευτελιστική, ταπεινωτική ή επιθετική συμπεριφορά προϊσταμένου μόνο και μόνο επειδή αυτή απευθύνεται προς όλους αδιακρίτως τους υφισταμένους του τμήματος,⁶⁵ καθώς η «μη σεξουαλική» παρενόχληση συνιστά, ανεξάρτητα από την αναγόρευσή της σε απαγορευμένη διάκριση, αυτοτελώς συμπεριφορά προσβλητική της αξιοπρέπειας και κατ' επέκταση του δικαιώματος στην προσωπικότητα του θύματος.⁶⁶ Για τον ίδιο λόγο, όχι ο άδικος χαρακτήρας της «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης αλλά μόνον η επέλευση των ειδικότερων εννόμων συνεπειών του δικαίου της μη διάκρισης εξαρτάται από το πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών για την καταπολέμηση των διακρίσεων. Συνιστά δηλαδή η παρενόχληση σε κάθε περίπτωση προσβολή της αξιοπρέπειας και του δικαιώματος στην προσωπικότητα του θύματος, αδιαφόρως του αν

ππει το πρώτον σε σύγκριση με άλλες πράξεις» («das Unrecht liegt in der Handlung selbst, nicht im Vergleich zu anderen Handlungen»). Βλ. και Μπουμπουχερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 98 επ. αρ. 10 επ.

64 Thüsing, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 AGG αρ. 54· Wolmerath, ό.π. (υποσ. 18), αρ. 32· Niedl, ό.π. (υποσ. 21), σ. 26 επ.

65 Βλ. έτσι και Thüsing, ό.π. (υποσ. 4), παρ. 3 AGG αρ. 52 = ZfA 2001, 397 (411) = *Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz*, σ. 114, αρ. 278· Adomeit και Mohr, ό.π. (υποσ. 4) παρ. 3 αρ. 117.

66 Υποστηρίζεται ότι η άποψη που υιοθετεί την αξιακή διαφοροποίηση μεταξύ «παρενόχλησης» και «διάκρισης» παραβλέπει ότι η συνταγματική προστασία της αξίας του ανθρώπου (άρθρο 2 παρ. 1 Σ.) εμπεριέχει την κατοχύρωση όχι μόνο της ατομικής ελευθερίας (άρθρο 5 παρ. 1 Σ.) αλλά και της αρχής της ισότητας στις επιμέρους εκφάνσεις της (βλ. λ.χ. άρθρα 4, 22 Σ.), και ως εκ τούτου όχι μόνον η «παρενόχληση», αλλά και κάθε άμεση ή έμμεση δυσμενής διάκριση, ως άνιση μεταχείριση, προσβάλλει κατ' επέκταση την αξία του ανθρώπου και ως εκ τούτου το δικαίωμα στην προσωπικότητα του αποδέκτη της συμπεριφοράς, Eggert-Weyand, *Belästigung...* ό.π. (υποσ. 5), σ. 57-58. Η άμεση ή έμμεση δυσμενής διάκριση λόγω θρησκείας λ.χ. δεν αντίκειται έτσι μόνο στην αρχή της ισότητας και της ίσης μεταχείρισης, αλλά προσβάλλει κατ' ανάγκην και την ατομική ελευθερία του θύματος, υπό την ειδικότερη εκδοχή της ως ελευθερίας της θρησκευτικής συνείδησης (άρθρο 13 Σ.), και κατ' επέκταση την αξία του ως ανθρώπου και το δικαίωμα στην προσωπικότητά του. Η άποψη αυτή επιτυγχάνει μιν να υποδηλώσει τον χαρακτήρα της άμεσης ή έμμεσης διάκρισης που σχετίζεται με κάποιο από τα απαγορευμένα γνωρίσματα ως προσβολή του δικαιώματος στην προσωπικότητα, δεν δικαιολογεί όμως τη θεμελίωση της ιδιαίτερης απαξίας της παρενόχλησης, σεξουαλικής και μη, στο ότι θα μπορούσε και αυτή να εκδηλωθεί ως δύναμει άνιση μεταχείριση.

συνδέεται ή όχι με κάποιο από τα ως άνω γνώρισμα απαγορευμένης διάκρισης.⁶⁷ Η σύνδεση αυτή καθορίζει εν τέλει μόνο την ευθεία υπαγωγή ή όχι της κρινόμενης κάθε φορά περίπτωσης σε ένα ιδιαίτερα ευνοϊκό νομικό status. Η αξιολογική διαφοροποίηση της «μη σεξουαλικής» παρενόχλησης και ο εγγενώς άδικος χαρακτήρας της ως προσβολής του δικαιώματος στην προσωπικότητα καθίσταται με ευκολία σαφής ιδίως από το γεγονός ότι, σε αντίθεση με άλλες εκδηλώσεις απαγορευμένης διάκρισης, δεν νοούνται εξαιρέσεις οι οποίες είναι δυνατόν να καταστήσουν την παρενόχληση αντικειμενικά «δικαιολογημένη διάκριση».⁶⁸

Συνεπώς, η παρενόχληση συνιστά εξ ορισμού προσβολή της αξιοπρέπειας προσώπου. Και η προσβολή αυτή έχει πάντοτε άδικο χαρακτήρα. Η ηθική, «απλή» ή «σεξουαλική» παρενόχληση απασχόλησαν εξάλλου και πριν από την εισαγωγή της νομοθεσίας για την απαγόρευση των διακρίσεων τα ελληνικά δικαστήρια, που χωρίς δυσκολία και χωρίς «σχετικοποιήσεις» ή «συγκρίσεις» με άλλους εργαζομένους ή κατηγορίες εργαζομένων διέγνωσαν τον άδικο χαρακτήρα της συμπεριφοράς αυτής, αποδεδειγμένως τον από οποιαδήποτε αναφορά σε κάποιο ειδικότερο γνώρισμα του θύματος.⁶⁹ Εν προκειμένω, δεν πρόκειται συνεπώς για επέκταση με αναλογία ενός ειδικά νομοθετημένου αδικού, το οποίο προκύπτει το πρώτον απλώς και μόνον από τη σύνδεση της άνισης μεταχείρισης με ορισμένο (έστω και νομιζόμενο) γνώρισμα απαγορευμένης διάκρισης. Ακόμη και αν, όσον αφορά τις μορφές διάκρισης που δεν συνιστούν παρενόχληση, η μέσω αναλογίας επέκταση των ειδικών προστατευτικών διατάξεων αδιακρίτως γνωρισμάτων και σε κάθε άλλη περίπτωση θα μπορούσε να σημαίνει τη νομολογιακή δημιουργία νέου κατά κανόνα αδικού, παρά την σχετική πρόθεση του νομοθέτη να το περιορίσει μόνο στις συγκεκριμένες ή έστω προβλέψιμες περιπτώσεις,⁷⁰ στην περίπτωση της «μη σεξουαλικής» και της

67 Οι επιμέρους περιστάσεις, όπως όταν λ.χ. τα κίνητρα του δράστη συναρτώνται με τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του θύματος, είναι δυνατόν να λαμβάνονται υπ' όψιν ως προς την έκταση των εννόμων συνεπειών, ως προς την επιμέτρηση λ.χ. της χρηματικής ικανοποίησης λόγω ηθικής βλάβης. Επίσης, η συχνότερη εμφάνιση του φαινομένου σε ορισμένους κλάδους, για την οποία έγινε λόγος ανωτέρω, θα μπορούσε να δικαιολογήσει αντικειμενικά τη θέσπιση ειδικότερων μέτρων πρόληψης, όχι όμως και την άνιση μεταχείριση των θυμάτων ηθικής παρενόχλησης σε τέτοιον βαθμό ώστε να ανατρέπεται η θεμελιώδης παραδοχή ότι η ηθική παρενόχληση αποτελεί γενικό κίνδυνο για όλους ανεξαιρέτως του εργαζομένου. Πρβλ. παρόμοια και Meskutat κ.ά., ό.π. (υποσ. 22), σ. 37-38.

68 Βλ. Μπουμπουκερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 102, αρ. 12 και τις εκεί παραπομπές.

69 Βλ. Μπουμπουκερόπουλο, ό.π. (υποσ. 14), σ. 18 επ., αρ. 11 επ.

70 Επέκταση που θα ήταν δυνατόν να επιφέρει υπέρμετρο περιορισμό της ιδιωτικής αυτονομίας και της συμβατικής ελευθερίας, βλ. Ζερδελή, ό.π. (υποσ. 13), σ. 222, αρ. 397. Μια απαγόρευση της επέκτασης της προστασίας, υπό την μορφή τουλάχιστον της απαγόρευσης αναλογίας δικαίου («Induktionsverbot»), θα μπορούσε στην περίπτωση αυτή να γίνει κατανοητή. Όχι όμως άνευ ετέρου και μια απαγόρευση αναλογίας νόμου (*Gesetz – Einzelanalogie*), η οποία θα πρέπει να θεωρηθεί δυνατή, εφόσον πληρούνται οι αξιολογικές προϋποθέσεις του συστήματος ή του υποσυστήματος, βλ. ορθά Δ. Τραυλό-Τζανετάτο, *ΕΕργΔ* 2011, σ. 327,

ηθικής παρενόχλησης δεν πρόκειται για *praeter legem* επέκταση του αδίκου, αλλά για επέκταση εννόμων συνεπειών σε ήδη υφιστάμενο άδικο.

Την ενιαία νομική αντιμετώπιση των περιστατικών «μη σεξουαλικής» καθώς και ηθικής παρενόχλησης, ανεξαρτήτως της σύνδεσής τους με κάποιο από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης, επιβάλλει εξάλλου μια ιδιαίτερη ανάγκη για ασφάλεια δικαίου. Διαφορετικά, η διάκριση μεταξύ περιστατικών ηθικής παρενόχλησης που συνδέονται με ένα από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης και όσων δεν εμφανίζουν τέτοια σύνδεση εκθέτει, κυρίως τον αμέτοχο (αλλά ενεχόμενο) εργοδότη, σε μη ανεκτή από την έννομη τάξη δικαιοκή ανασφάλεια: όπως και ανωτέρω αναφέρθηκε, αφενός τα κίνητρα του δράστη παραμένουν ασαφή και στην πράξη αναπόδεικτα, αφετέρου η εκδήλωση της ηθικής παρενόχλησης με τρόπο που να επιτρέπει τη διάγνωση της σύνδεσής της με ένα από τα απαγορευμένα γνωρίσματα κρίνεται κατά κανόνα (με δυσκολία) εκ των υστέρων. Η έκταση, συνεπώς, της ευθύνης του (αμέτοχου) εργοδότη είναι δυνατόν να παραλλάσσει τυχαίως, δημιουργώντας γι' αυτόν κινδύνους αδιαφανείς και μη υπολογίσιμους.

Έτσι, όχι μόνο η αρχή της ισότητας και η φύση του πράγματος, αλλά επιπλέον και μια ιδιαίτερη ανάγκη για ασφάλεια δικαίου επιβάλλουν την πλήρωση του κενού που δημιουργείται λόγω της ευνοϊκότερης μεταχείρισης που εισάγεται με την ενωσιακή νομοθεσία για την απαγόρευση των διακρίσεων και σε περιπτώσεις «μη σεξουαλικής» ή ηθικής παρενόχλησης που δεν συνδέονται με κάποιο από τα γνωρίσματα απαγορευμένης διάκρισης. Οι επιφυλάξεις δηλαδή που διατυπώνονται σε σχέση με μια κατ' αναλογία επέκταση της προστατευτικής ενωσιακής νομοθεσίας για την απαγόρευση των διακρίσεων πέραν των ρητά σε αυτήν κατονομαζόμενων γνωρισμάτων δεν επαληθεύονται στην περίπτωση της παρενόχλησης ως διάκρισης. Εξάλλου, η αναγόρευση της παρενόχλησης σε διάκριση δεν θα πρέπει να οδηγεί σε νέες διακρίσεις, αυτήν τη φορά μεταξύ των ίδιων των θυμάτων παρενόχλησης στην εργασία.

Religious Expression in the Workplace Before the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union: Discriminating Against a Fundamental Right?

*Kyriaki Pavlidou*¹

1. Introduction

The present analysis concerns the recent developments on the right to religious expression in the workplace before the European Court of Human Rights² and the Court of Justice of the European Union³, with a particular focus on the latter. The ECtHR has

1 e-mail: kyriaki.pavlidou.11@alumni.ucl.ac.uk. I greatly appreciate the comments and feedback by Professor Christina Deliyianni-Dimitrakou and Associate Professor Lina Papadopoulou and from fellow participants and the audience of the conference. The present paper considers the Opinions delivered by the Advocate General (AG) Kokott on the Case C-157/15 Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV on 31.05.2016 and by AG Sharpston on the Case C-188/15 Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA on 13.07.2016. The paper was written and presented before the CJEU delivered its judgments on the Cases C-157/15 and C-188/15, alongside the joint press release No 30/2017, which were all issued on March 14, 2017. Responsibility for the views presented herein rests solely with the author.

2 ECtHR or Strasbourg Court or Court hereinafter.

3 CJEU or Luxembourg Court hereinafter.

been shaping its case law concerning religious symbols since more than fifteen years now.⁴ The CJEU, on the other hand, has been confronted with religious discrimination in the workplace for the first time, although this is prohibited since 2000 with the Employment Equality Directive 2000/78/EC.⁵ The CJEU was thus called to deliver a judgment on religious discrimination in employment after, what has been, almost 17 years that the Employment Directive has entered into force. This further translates that the CJEU is expected to position itself by reference to the ECtHR's case law on religious garments and to delineate how the Directive should be interpreted in religious discrimination instances for future references.⁶

The headscarf issue has reached the CJEU through two preliminary references, which were issued by the Belgian and French Court of Cassation. In both cases, *Achbita* (C-157/15),⁷ which originated in Belgium and *Bougnaoui* (C-188/15),⁸ in France, the CJEU was called upon to rule on the wearing of Islamic headscarves in the workplace. The cases were heard together on March 15, 2016 and Advocates General Kokott and Sharpston⁹ have already issued their Opinions on May 31, 2016 and July 13, 2016 respectively.

The present article does not engage with a detailed comparison of the facts of the CJEU and ECtHR cases at an empirical level; it rather places its focus at a conceptual level by illustrating certain theoretical aspects and situates this within the broader discourse of the right to religious expression. In what follows, the analysis firstly addresses briefly the facts of the CJEU cases and the arguments of the AG's approaches. It then outlines the theoretical framework of the AG's approaches and draws some remarks on the coherence or divergence of the CJEU's and the ECtHR's context-related case-law. Even though this constitutes a recent development in the relevant field, there is already strong criticism voiced against the approach taken by AG Kokott in terms of conceptual flaws and inconsistencies. Having those concerns into consideration, the present analy-

4 See *Dahlab v Switzerland*, App no. 42393/98 (ECtHR, 15 February 2001).

5 B. S. Lahuerta, "Wearing the Veil at Work: Achbita and Bougnaoui - Can a Duty to Reasonable Accommodation be derived from the EU Concept of Indirect Discrimination?", *EU Law Analysis* [weblog], 15 March 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.de/2016/03/wearing-veil-at-work-achbita-and.html>, (assessed 12 January 2017)

6 Ibid

7 C-157/15 *Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions* [2017] ECLI – 203, Opinion of AG Kokott (Opinion of 31 May 2016).

8 C-188/15 *Bougnaoui and ADDH v Micropole SA* [2017] ECLI – 204, Opinion of AG Sharpston (Opinion of 13 July 2016).

9 AG or AGs hereafter.

sis highlights AG Sharpston's standpoint and the increased interest that this poses from a theoretical perspective.

The aim of the analysis is to reflect on the adjudication of religious expression in Europe as a moment of deliberation on the meaning and interpretation of religious rights as fundamental rights and why this is important for legal theory and practice. As the end of human rights has already been declared and the abstract notion of them has reached its peak, religious expression especially as this is dealt in the workplace, serves as a moment of truth on the conceptualisation of individual rights and brings forward fundamental questions on the concepts of equality, autonomy and human dignity as basic premises of our justice system.

2. A Facts' and Arguments' Assessment of the CJEU Cases

The first case, which was referred to the CJEU by the Court of Cassation in Belgium, concerns Ms Achbita a Muslim woman, who worked as a receptionist and was permanently contracted out to a third party on an employment contract of indefinite duration.¹⁰ Ms Achbita was hired in 2003 and in April 2006 she expressed her intention to start wearing the headscarf at work, which she had nonetheless worn outside working hours. This was not welcomed by the company's neutrality policy, which two months later in June 2006 incorporated into its employee code of conduct a prohibition on employees from wearing any political, philosophical or religious signs while on duty. The same rule, the company claimed, did apply before that point as an unwritten company rule. When Ms Achbita decided to go to work wearing a headscarf, she was subsequently dismissed.

The second case, originated in France and concerned Ms Bougnaoui, who was a design engineer also working for a private company. Ms Bougnaoui completed a period of end-of-studies training prior to start working for that company as an employee on 15 July 2008¹¹ with a contract of indefinite duration.¹² Differently than the company in the first case, Ms Bougnaoui, who wore an Islamic headscarf, did not have to renounce wearing the headscarf during the entirety of her working hours, but only when in contact with customers. She was further told by her employer to remove the headscarf, only after a client, that Ms Bougnaoui was asked to work for representing the company,

¹⁰ Achbita, n.7 para. 16.

¹¹ Bougnaoui, n.8, para. 22.

¹² See also C-188/15 *Bougnaoui and ADDH v Micropole SA* [2017] ECLI – 204 (Judgment of 14 March 2017), para. 13.

informed the latter that the wearing of the veil had “embarrassed”¹³ a number of the client’s employees. Following this course of events and almost a year after Ms Bougnaoui was hired on 15 June 2009, she was called to an interview preliminary to possible dismissal. When she refused with the company’s request to comply with her alleged professional duties of neutrality, she was consequently dismissed a few days later by a letter, on 22 June 2009.

Accordingly, the questions asked by the referring courts were different. The Belgian court asked whether the employer’s neutrality rule in the workplace, which prohibits all employees from wearing outward signs of political, philosophical and religious beliefs in the workplace amounts to *direct* discrimination.¹⁴ The French Court asked whether a customer’s demand to no longer have the services provided by an employee wearing an Islamic headscarf amounts to a genuine and determining occupational requirement under Article 4(1) of the EU Employment Equality Directive.¹⁵

As the two Opinions contradict themselves in various crucial points, a thorough comparison of their differences and similarities, deserves an analysis on its own account. I will only focus here on some aspects of the quite divergent views that the AGs held throughout their reasoning, which led them to opposite conclusions.

The first is about the distinction between direct or indirect discrimination. The general framework of protection for religious freedom in the workplace in Europe comprises of two frames of legal protection. In a nutshell, the first one constitutes of Article 9 of the European Convention on Human Rights¹⁶, which consists of para. (1), the right to freedom of thought, conscience and religion (*forum internum*); and para. (2), the right to manifest religion either alone or in community with others (*forum externum*) so that to protect both individual and group freedoms. The second framework that operates for the protection of religious rights at work concerns the EU Equality Directive 2000/78. This protects religious interests via its prohibition against discrimination on grounds of religion and belief in the context of employment and occupation.¹⁷

Direct discrimination¹⁸ occurs where a person is treated less favorably than someone

13 Achbita, n. 7, para. 23.

14 Achbita, n. 7, paras. 1, 21.

15 Bougnaoui, n.8, paras. 1, 19.

16 ECHR hereinafter.

17 L. Vickers, “Religion and the Workplace”, *The Equal Rights Review*, vol. 14, 2015, p. 109.

18 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation; Article 2 (2) (a) and (b); available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML> .

else in a comparable or analogous or relevantly similar situation on grounds of religion or belief.¹⁹ Indirect discrimination occurs where an apparently neutral requirement, rule or practice has a disproportionate impact on persons or groups of a particular religion or belief by setting those at a particular disadvantage when compared to others.²⁰

Even though the Belgian Court did not specifically refer to the Anti-Discrimination Directive, both AGs discussed the issue within this framework. For Kokott there was no direct discrimination, while for Sharpston there was.²¹ In particular, Sharpston concluded that Ms Bougnaoui's dismissal amounted to direct discrimination against her on the basis of her right to manifest her religion understood as an intrinsic part of the right to freedom of religion enshrined in both Article 9 of the ECHR and Article 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU).²² She further stressed that neither Article 4 (1) of Directive 2000/78, nor any of the other derogations from the prohibition of direct discrimination on grounds of religion that the Directive lays down, applied in the situation at hand.²³

Independently of whether the prohibition to wear the headscarf was qualified as direct or indirect discrimination, both AGs had thus a different approach on whether this could be justified in terms of a genuine and determining occupational requirement according to Art. 4(1) of the EU Employment Equality Directive.²⁴ This is mainly due to the weight they attributed to the economic freedoms of the employer as opposed to the individuals' interests. Sharpston underlined that discrimination could not be justified on the ground of the financial loss that might be caused to the employer.²⁵ Instead

19 D. Moeckli et. al. (eds.), *International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 198-199; see also P. E. Relaño, "Towards Substantive Equality for Religious Believers in the Workplace? Two Supranational European Courts, Two Different Approaches", *Oxford Journal of Law & Religion*, 2016, vol. 5, no. 2, 2016, p. 258.

20 P.E. Relaño, n. 19, p. 259.

21 E. Brems, "Headscarves in Luxembourg – A blog series on the contrasting Opinions of AG Kokott and AG Sharpston", *Strasbourg Observers* [web blog], 8 September 2016, <https://strasbourgobservers.com/2016/09/07/headscarves-in-luxembourg-a-blog-series-on-the-contrasting-opinions-of-ag-kokott-and-ag-sharpston/>, (accessed 16 November 2016), p. 1; see also Sharpston, n. 7, paras. 88, 100.

22 Bougnaoui, n.8, para. 87.

23 Ibid, paras. 102, 108.

24 For an analysis of the difference in the interpretation of "genuine and determining occupational requirements", see also E. Howard, "Headscarves and the Court of Justice of the European Union: Two Opposing Opinions", *EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law* [web blog], 1 August 2016, <https://www.ejiltalk.org/headscarves-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-two-opposing-opinions/>, (accessed 23 February 2017).

25 Bougnaoui, n.8, para.100.

she highlighted a reversed angle of the financial impact perspective, that is to say, that of the individual's, by stressing that religious discrimination being a *suspect classification* may touch upon a person's ability to earn a living in the employment market and it may thus affect an individual's path to self-fulfillment and realisation of their potential.²⁶ Contrary to this, Kokott held the opinion that a policy of strict religious neutrality should lie in the employer's discretion in order for that undertaking to achieve its desired brand image that is characterized by neutrality.²⁷ This may legitimately be anticipated according to AG Kokott and it may be demanded of its employees, as an occupational requirement,²⁸ that they present themselves in a correspondingly neutral way in the workplace.²⁹

The latter relates to another argument put forward by Kokott that religious beliefs expressed by an employee can be attributed to the company by external individuals, who will get this impression; therefore, this will have a defining impact not only on the image of the enterprise but also on the public image of its customers.³⁰ At the other end of the spectrum, Sharpston has put forward a bold statement saying that when the employer concludes a contract of employment with an employee, they buy the person's time and not their soul.³¹ By doing so, she went on to stress that an undertaking can specify certain forms of a courteous conduct, but it cannot interfere with one person's essence. In this respect, it was implied that employees, when they do not perform any proselytising acts, they can wear a religious symbol and still have a neutral behavior.

This difference reflects on another one, namely, on the proportionality of the measure and the existence of a legitimate aim as a basis for the justification of the restrictions. In relation to the assessment of proportionality of the bans, Kokott and Sharpston also addressed the national context question and took different approaches. AG Kokott stressed in a direct and categorical manner that national identity does not limit the scope of the Anti-Discrimination Directive since this is inherent in political and constitutional structures of the Member States.³² In Sharpston's Opinion, on the other hand, it was indi-

26 Bougnaoui, n.8, paras. 71,72.

27 M. Mahlmann, "ECJ headscarf series (3): The Everyday Troubles of Pluralism", *Strasbourg Observers* [web blog], 12 September 2017, <https://strasbourgobservers.com/2016/09/12/ecj-headscarf-series-3-the-everyday-troubles-of-pluralism/>, (accessed 18 November 2016), p. 3.

28 Achbita, n.7, paras.76, 134.

29 Ibid, paras. 76, 120.

30 Ibid, paras. 94, 95.

31 Bougnaoui, n.8, paras. 73, 74.

32 Achbita, n.7, paras. 125, 127.

cated that different standards of protection should not be applied to different equality grounds and it was thus implied that as national identity is not allowed to justify other types of discrimination, it should not justify religious discrimination, as well.³³

Last but not least, both AGs addressed in their Opinions whether religion is a choice or an innate characteristic. Kokott stated that the wearing of the headscarf was not an immutable physical feature or personal characteristic, but rather a mode of conduct based on a subjective decision or conviction driven by a person's "compulsion"³⁴ and it could thus be left "at the door"³⁵. Sharpston, on the other hand, stressed that religious identity is an integral part of that person's very being and that religious manifestation is intrinsic to religious freedom and as such it may be considered by the adherents to that religion as being essential to the practice of their religion.³⁶

3. Sketching a Theoretical Framework: Three Principal Questions

In an attempt to sketch a theoretical framework out of the multi-level comparison between the CJEU and the ECtHR, I suggest that this relates to three progressive questions: the question of the framing of the debate; the question of perception and the question of choice.

In terms of the first question, the Strasbourg Court in almost all of its religious expression judgments has systematically ignored the question of discrimination as such. In the employment related cases concerning public servants the discrimination angle was missing overall, while in those cases that the Court addressed discrimination claims, it has not considered Article 14 in a direct or separate fashion, but it had rather drawn a distinction between direct and indirect discrimination claims in an artificial and narrow manner.³⁷ In the *Ebrahimian v France* case,³⁸ the Court accumulated a synthesis of abstract and concrete reasons into one in order to sustain the restrictions imposed on

33 L.Vickers, "ECJ Headscarf Series (2): The Role of Choice and the Margin of Appreciation", *Strasbourg Observers* [web blog], 8 September 2016, <https://strasbourgobservers.com/2016/09/08/blog-series-the-role-of-choice-and-the-margin-of-appreciation/>, (accessed 17 November 2016), p. 3.

34 Achbita, n.7, para. 53.

35 Ibid, para. 116.

36 Bougnaoui, paras. 118, 87 and paras. 126-128.

37 S. Pei, "Unveiling Inequality – Burqa Bans and Non-discrimination Jurisprudence at the EctHR", *Yale Law Journal*, vol. 122, 2013, p. 1097.

38 *Ebrahimian v France*, App no 64846/11 (ECtHR, 26 November 2015).

types of religious expression³⁹ and rather resorted to some sort of “blending”⁴⁰ of the two categories of direct and indirect discrimination. For this, it has been criticized for widening indistinctly the scope of interference with religious rights to the entire public sector and for endorsing an abstract notion of the *unspecified rights* of others as a basis for the restrictions.⁴¹ Looking at the Islamic garb case-law, the Strasbourg Court did not engage in a proportionality analysis between the means and the realized impact on the affected individual in order to assess whether the bans were discriminatory under Article 14. Only, where the contested act of manifestation regarded the cross,⁴² did the Strasbourg Court proceed with a rigorous balance of interests and adopted a more sensitive, flexible and inclusive approach towards manifestation of religious beliefs.⁴³

The ECtHR has thus adopted in almost all of its judgments on religious symbols and garments a restrictive line or what has been called “a restrictions-based approach”⁴⁴ by affording to the respective States a wide margin of discretion and by justifying the restrictions either by means of public order and safety or for the protection of the rights and freedoms of others.⁴⁵ By contrast the Advocates-General in the CJEU cases, despite their different conclusions, followed a discrimination-based approach. The latter places the focus on the principle of non-discrimination as being a general principle of EU law and provides for a more robust protection framework in terms of direct discrimination especially through the Directive 2000/78 in the domain of employment and occupation.⁴⁶ This is important, because as AG Sharpston stressed, the task of defining properly the distinction between direct or indirect discrimination safeguards legal certainty and provides stronger legal protection for the affected individual.⁴⁷

39 R. McCrea, “Secularism Before the Strasbourg Court: Abstract Constitutional Principles as a Basis for Limiting Rights”, *The Modern Law Review*, vol. 79, no. 4, 2016, pp. 693, 694.

40 See also Bougnaoui, n. 8, para. 65.

41 S. Garahan, “A Right to Discriminate? Widening the Scope for Interference with Religious Rights in *Ebrahimian v France*”, *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 5, 2016, pp. 352, 353.

42 See *Lautsi v. Italy* App no. 30814/06 (ECtHR, Grand Chamber, 18 March 2011); *Eweida and Others v the United Kingdom* (ECtHR Appl. Nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15 January 2013).

43 P.E. Relaño, n. 19, p. 276.

44 Bougnaoui, n. 8, para. 60.

45 P.E. Relaño, n.19, p. 275.

46 Bougnaoui, n. 8, para. 62.

47 Ibid, para. 67.

It would have been assumed that since the application of the relevant restriction in the Strasbourg or the Luxemburg cases extended to all public officials or private employees in a neutral formulation through a blanket ban, this would not constitute a problem in assessing discrimination claims and it would point towards the direction of indirect discrimination in the absence of specificity. However, the direct discrimination framework is accepted by the CJEU “when the distinguishing measure is intrinsically connected to the ground and the *intention* is to discriminate on that particular characteristic”.⁴⁸ As it has been stressed in theory,⁴⁹ it is important to identify the real intention and to allocate the intrinsic connection between the restrictive measures taken and the affected persons by these apparently neutral rules in order to determine whether a discrimination is manifested in a direct or indirect fashion. Subsequently, if the real intention behind the restrictions is the persecution of an individual of religious faith, not because of their conduct, but because they are a member of a group, which is disliked, then what needs to be scrutinized is whether the basis of this dislike is prejudice or bias.⁵⁰

Re-focusing the debate on the existence of prejudice as evidence of discrimination is crucial because this comes as the symptom of the stereotypes and perceptions of other’s, upon which unfavorable treatment on grounds of religion can be based. In line with this, perception is found to be a recurring pattern in the ECtHR’s relevant jurisprudence in such an extent that the Court was criticized for allowing for a “discrimination by perception”⁵¹ to arise. In particular, in the Lautsi case the applicant’s perception was considered “*subjective*” and not in itself sufficient to establish a breach,⁵² while in the Ebrahimian case the third party’s perception, that is, the perception of the patients was considered sufficient enough to establish a restriction of right and a breach of contract accordingly. That is to say, the Court relied on the supposedly inveigled perception of the users of public services and the alleged vulnerability of those,⁵³ whose health and not convictions, was the one delivered in one’s hand.

48 P.E. Relaño, n. 19, p. 266.

49 Ibid, p. 267, emphasis added.

50 L. Farkas and O. O’Farrell, “Reversing the Burden of Proof: Practical Dilemmas at the European and National Level”, Thematic Report, European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, European Commission Directorate-General for Justice and Consumers, December 2014, http://ec.europa.eu/justice/discrimination/files/burden_of_proof_en.pdf, (accessed 12 February 2017), pp. 7, 47, 48.

51 S. Garahan, n. 41, p. 358.

52 Lautsi v Italy, Grand Chamber, n. 42, paras. 65, 66, emphasis added.

53 R. McCrea, n. 39, p. 693.

In the ECtHR's jurisprudence, as well as in Kokott's Opinion, the perception of the religious expression by the state or the third party (i.e. the patients or the company or the customers), was the one to determine the content and the meaning of the symbol, while the perception of the religious adherent was not taken into consideration. Subsequently, in the *Dahlab v Switzerland* case,⁵⁴ the Court characterised the headscarf as "a powerful external symbol". By contrast, in Lautsi's Grand Chamber ruling, the crucifix was characterized as an "essentially passive symbol",⁵⁵ while similarly in the *Eweida* case the cross was found to be small and discreetly worn.⁵⁶

Where the religious symbols controversy concerned the Islamic headscarf, this was perceived and portrayed on the basis of culture essentialism and clash of values between different value systems and the bans were thereby used to defuse this tension and to re-instate public order according to State's preference. On the other hand, in the infamous *Lautsi v. Italy* case⁵⁷ where the complaint was brought by a parent, who asked the removal of the crucifix from state-school classrooms, the display of the cross was held as a cultural emblem of the European tradition. If the complaint was brought by a teacher, to whom a classroom is their workplace, it would have been interesting to see whether the national identity would have trumped individual identity.

The ECtHR allowed the state by deference to the margin of appreciation to define and dictate the proper content of religious liberty even in situations where no harm⁵⁸ to others or to the concerned human beings themselves existed.⁵⁹ In this respect, the Court by resorting to this mode of reasoning in the Islamic garb cases failed to acknowledge and value the subjects in their capacity to judge for themselves and by themselves⁶⁰ and to self-characterize themselves. It failed to recognise the individuals' right to self-definition,⁶¹ i.e. the persons' right to decide and define by themselves the meaning of their choices and to act as rational agents.

⁵⁴ See as above n. 4.

⁵⁵ *Lautsi v Italy*, Grand Chamber, n. 42, para. 72.

⁵⁶ *Eweida and others v the United Kingdom*, para. 94; see also *Bougnaoui*, n. 8, paras. 30, 33 and *Achbita*, n. 7, para. 118.

⁵⁷ *Lautsi v Italy* App No. 30814/06 (ECtHR, Chamber, 3 November 2009); *Lautsi v Italy*, Grand Chamber, n. 42.

⁵⁸ I. Tourkochoriti, I., "The Burka Ban: Divergent Approaches to Freedom of Religion in France and in the U.S.A.", *William & Mary Bill of Rights Journal*, vol. 20, 2012, p. 804.

⁵⁹ See on the "Harm Principle", J.St.Mill, *On Liberty*. Batoche Books, first publ. 1859, 2001, p. 13.

⁶⁰ I. Tourkochoriti, n. 58, p. 830.

⁶¹ *Ibid*, p. 846.

Assessing how religion is perceived we come across with the third question of choice. Whether religion is a choice or not, was apparent in the ECtHR's rich religious freedom jurisprudence not only in the workplace, but in educational establishments, as well as, in the public sphere.⁶² Religion in the Strasbourg jurisprudence was addressed within the discourse of chosen beliefs as opposed to innate characteristics of an identity; however, the Strasbourg case-law went on to engage with gender equality issues. In light of this, choice was assessed by means of women's choices in the Islamic garb cases, and women were subsequently considered to lack or possess minimal agency. The question in the ECtHR's relevant jurisprudence was rather then, who did, the choice to make, belong to? Wearing the veil was considered thus a private choice – a wrong one for that matter – the public acceptance of which was ultimately a choice of the society, as the most recent judgments of the Court reiterated.⁶³

As far as the CJEU is concerned, religion being a choice or not was also an angle that the AG's based partly their Opinions on. As it has been presented above, Kokott considered the wearing of the headscarf to be a matter of individual choice, while Sharpston stressed that religious identity is an indispensable part of who the person is. By doing so, Sharpston drew a line that if religion were to be considered a choice, then this should be considered a “fundamental choice” that is closely related to an individual's concept of identity and self-respect.⁶⁴ As opposed to Kokott's two-speed category of discrimination on the grounds of equality, Sharpston pointed thus towards a symmetrical understanding of equality and did not countenance any formal hierarchy as between different grounds of equality.⁶⁵ Her approach allowed therefore for the co-existence of protected characteristics rather than for the imposition of competing hierarchies.⁶⁶

Asking the question of religious expression as being an inherent, immutable characteristic as opposed to the conceptualisation of this as a matter of choice, points towards the false comparator in the equation. That is to say, the basis of drawing a distinction in the religious discrimination was the “mutability of belief”⁶⁷ when

62 See *Dahlab v Switzerland*, n. 3; *Sahin v Turkey*, App no. 44774/98 (ECtHR, 29 June 2004); *S.A.S. v. France*, App no. 43835/11 (ECtHR, 26 June 2014), paras. 107, 153.

63 *S.A.S. v. France*, n. 62, paras. 107, 153; see also the most recent cases *Belcacemi and Oussar v. Belgium*, App no. 37798/13 (ECtHR, 11 July 2017), para. 53; and *Dakir v. Belgium*, (ECtHR, 11 July 2017), para. 56.

64 L. Vickers, n. 33, p. 2.

65 *Ibid*, p. 3.

66 See E. Griffiths, “Is ‘reasonable accommodation’ of Religious Belief in UK Workplaces the Answer?”, *Law and Religion Scholars Network, Conference paper*, 12 May 2014, Cardiff University.

67 D. O'Dempsey, “*Samira Achbita v G4S Secure Solutions NV*: A dangerous new concept of di-

compared to the other protected grounds of equality. This goes further back to the core/non-core dichotomy⁶⁸ in theory, which considers that the right to freedom of religion is a core element, while freedom to manifest religion is in the non-core and derivative elements of the right. AG Sharpston by espousing that “religion is merely a status”⁶⁹ and is no different from any other protected characteristics, demonstrated how “core beliefs warrant protection not because they are immutable, but because of the central role they play in the dignity of the individual”.⁷⁰

This stance takes an internal view of religion in attempting to understand religious issues from a cognitively internal viewpoint of the concerned individual.⁷¹ Most importantly, though, it touches in this respect upon fundamental questions on the nature of the right to religious freedom and the concept of autonomy and equality as justificatory bases of human rights protection.

In terms of the nature of the right to religious freedom the Luxembourg cases concerned disputes between private parties and both AGs stressed that their observations were restricted to the private sector alone.⁷² However, by situating the dispute within the workplace under the Anti-Discrimination Directive, this served as an opportunity for the right to religious expression to be re-assessed as a fundamental right and for the distinction of individual and collective rights to be inquired in this context.

The interpretation of AG Sharpston, looks at this direction. Opposite an abstract notion of autonomy that has been employed by the ECtHR, AG Sharpston pointed towards a qualified concept of human autonomy⁷³ that unites the private and public sphere and has both an individual and group dimension in the sense that individual self-determination and self-realization requires collective autonomy as much as individual

rect discrimination”, Cloisters [web blog], 16 June 2016, <http://www.cloisters.com/blogs/samira-achbita-v-g4s-secure-solutions-nv-a-dangerous-new-concept-of-direct-discrimination>, (accessed 23 February 2017), p. 6.

68 A. Hambler, *Religious Expression in the Workplace and the Contested Role of Law*, Abingdon, Routledge, 2015, pp. 230, 231; see also L. Vickers, “Religious Discrimination in the Workplace: An Emerging Hierarchy?”, *Ecclesiastical Law Journal*, 2010, vol. 12, no. 3, pp. 294-296.

69 M. Pearson, “Religious discrimination and the ‘hierarchy of rights’: Non-existent, appropriate or problematic?”, *International Journal of Discrimination and the Law*, 2016, vol. 16, no. 1, p. 46.

70 D. O’ Dempsey, n. 67, p. 6.

71 C. McCrudden, “Religion, Human Rights, Equality and the Public Sphere”, *Ecclesiastical Law Journal*, 2011, vol. 13, no. 1, pp. 31-32, 38.

72 Achbita, n.7, para.6; Bougnaoui, n. 8, paras. 79, 81

73 B. Begum and A. Zysset, “Personal Autonomy and ‘democratic society’ at the European Court of Human Rights: Friends or Foes?”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 2, no. 1, 2012, pp. 252, 254.

autonomy. There lies the liberal misconception of the public-private divide in terms of individual rights upon which restrictions on religious expression and religious freedom are justified in a logical non-sequitor. This concept of autonomy and equality reflects on religious freedom as having a clear collective dimension.⁷⁴ The collective aspect of religious expression was further entrenched by the subsistence quality that AG Sharpston conferred to the concept of autonomy, by endorsing the view that religious discrimination has a financial impact to oneself by means of potentially hindering one's persons potential to provide for a living through their work. By recognising the links between human rights protection of religious freedom and non-discrimination norms, could stand as "the recognition from human rights law that religion and belief has a group dimension",⁷⁵ which could reinforce and provide a stronger legal framework for the protection of religious expression in all settings, workplace included.

4. Conclusive Remarks: Towards a Paradigm of Substantive Justice in the Protection of Religious Expression in the Workplace

Looking at the case-law at hand, it has been suggested that when the accommodation conflict arose outside the public sector and between private parties, the ECtHR has put a lower threshold to find that the rule at stake was not justified and thus religious practice should be protected.⁷⁶ However, the consistency that the Strasbourg Court has shown was *not* in terms of the public/private divide, but it was rather about *how* the religious symbol was interpreted. The balance has then been struck not in terms of substantive equality, but in terms of procedural justice, which has been interpreted according to political majoritarian conveniences.

The Opinion of AG Sharpston seems to be directed towards restoring that balance. Given the strong similarity between the two cases before the CJEU and the opposing approaches of the two Advocates-General, the Luxembourg Court will have to make a principled choice between them in a highly anticipated decision⁷⁷ that is likely set a strong legal precedent and to re-generate the theoretical discourse. That is because, what lies

⁷⁴ L. Vickers, *Religious Freedom, Religious Discrimination and the Workplace*, Oxford, Hart Publishing, 2008, p. 42.

⁷⁵ L. Vickers, Current Approaches of the European Courts to Religious Rights and Freedoms, *Faith in Europe*, <http://www.faithineurope.org.uk/vickers.pdf> [web blog] (accessed 12 January 2017), p. 3.

⁷⁶ B. S. Lahuerta, n. 5.

⁷⁷ Achbita, n. 6, para. 7.

at the deepest level with respect to those cases⁷⁸, are questions about the multi-layered human rights structure in Europe and the meaning of central legal concepts such as autonomy, human dignity and equality as premises of substantive justice.

Protecting equality on the grounds of religion bears a symbolic importance for the private and public-sector employment, as it reflects on public policy and the need to encourage employment in all social groups so as to equalise access to economic benefits and to improve social inclusiveness and cohesion⁷⁹. Extending the principle of state neutrality into the private sphere “without the least degree of scrutiny”⁸⁰ for the purposes of a legitimate business aim⁸¹ could act as “an easy cover-up for prejudice”.⁸² In line with this, failing to protect individuals from stereotypical attitudes and prejudice, who are discriminated against not because of their actions, but because of who they are, would evidently fail to address “structural disadvantage”⁸³ within the society. Especially when discrimination occurs despite the declared professional competence and promising potential of the affected employee⁸⁴, this sustains structural disadvantage by making false perceptions and unsubstantiated assumptions valid and by normalising solitary disadvantage in the extent that the latter is no longer traceable or recognisable as such by being part of the structure itself.⁸⁵ Allowing abstract principles to qualify rights may develop a hierarchy between the different grounds of discrimination⁸⁶ and it may bring significant dangers of restriction to fundamental rights on vague and potentially limitless grounds.⁸⁷

78 Mahlmann, n. 27, p. 4.

79 See L. Vickers, n. 74, pp. 47, 69 and pp. 36, 68; see also the 2nd Revised ed., Hart Publishing, 2016.

80 E. Brems, “Analysis: European Court of Justice Allows Bans on Religious Dress in the Workplace”, *Blog of the IACL, AIDC* [web blog], 25 March 2017, <https://iacl-aidc-blog.org/2017/03/25/analysis-european-court-of-justice-allows-bans-on-religious-dress-in-the-workplace/> (accessed 31 March 2017).

81 E. Howard, “Islamic Headscarves and the CJEU: Achbita and Bougnaoui”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017, in press; available at Middlesex University Research Repository, <http://eprints.mdx.ac.uk/22252/> (accessed 02 August 2017), p. 12.

82 E. Brems, n. 80.

83 M. Pearson, n. 69, p. 47.

84 Bougnaoui, n. 8, paras. 23, 102.

85 See also Brems, n. 80, and especially the part that reads: “[...] What is different about religion? Has anti-religious sentiment become so *normalized* in Europe, that it has become *invisible* – the *new normal*?” [emphasis added].

86 L. Vickers, n. 68, p. 301.

87 R. McCrea, n. 39, p. 704.

In terms of a scholarly discussion, which has been conducted for decades exclusively by the Strasbourg Court, the latter has been criticized for showing inconsistency and lack of clarity in its reasoning.⁸⁸ Taking into account that the CJEU has primarily been concerned with economic matters⁸⁹ and has little experience as a human rights adjudicator compared to the ECtHR, the reframing of the religious debate before the Luxembourg Court in terms of the Employment Equality Directive⁹⁰ posed as a challenge for Luxembourg for this to create a more robust framework for the protection of human rights.

In a European legal landscape that is characterized by the much-fragmented interpretation of fundamental human rights, the fact that there was weight placed on the ECHR and the Charter, even though, the importance of EU law was stressed, is important for the debate. That is because, by doing so Sharpston attested to the collective aspect of autonomy of the personal integrity rights, which are protected by articles 8-11 of the ECHR. Mainly, though, this acknowledgment could serve as an overarching attempt towards a much needed unified and more coherent architecture of human rights in Europe within a clear set of values.

In addition, a matter of competence between the ECtHR and the CJEU on religious discrimination is raised that could lead possibly to conflicting case law between the two courts.⁹¹ Conflicts between multiculturalism and legal pluralism pose the question how the overlap between the non-discrimination regimes of the European Union (EU) and the Council of Europe⁹² in the field of public and private employment could be harmonized. Whether the CJEU's ruling will lead to a conflicting case law with the ECtHR, will be decided shortly.⁹³ Looking at the sharp conceptual contrasts between

88 M. Hill, "Freedom of Religion: Strasbourg and Luxembourg compared" in W. C. Durham and D. Thayer (eds.), *Religion and Equality: Law in Conflict*, Routledge, 2016, p. 30.

89 Gr. de Búrca, "After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, no. 2, p. 171.

90 E. Brems, n. 21, p. 2.

91 See also T. Loenen and L. Vickers, "More is Less? Multiple Protection of Human Rights in Europe and the Risks of Erosion of Human Rights Standards" in S. Morano-Foadi and L. Vickers (eds.), *Fundamental Rights in the EU: A Matter for Two Courts*, Hart Publishing, 2015.

92 For a thorough analysis see S. Haverkort-Speekenbrink, *European Non-Discrimination Law: A Comparison of EU Law and the ECHR in the Field of Non-Discrimination and Freedom of Religion in Public Employment with an Emphasis on the Islamic Headscarf Issue*, School of Human Rights Research Series, vol. 59, 1st ed., 2012 and especially Chapters 11 & 12.

93 The Grand Chamber of the CJEU issued its judgments on *Achbita v G4S* and on *Bougnaoui v Micro-pole* on 14 March 2017. The judgements have already received strong criticism by scholars and activists; see for instance: S. Ouald Chaib and V. David, "European Court of Justice Keeps the Door to Religious

the two approaches of the Advocates General it could be argued that AG Kokott's viewpoint reflects on the stand that the ECtHR took in cases of religious expression through symbols. If the CJEU follows AG Sharpston's approach, this will constitute a departure from a formalistic, abstract and restrictive-based approach, which is similar to the one of the ECtHR, towards a more context-specific and structured understanding of the right to religious expression. The approach of AG Sharpston is to be preferred, because it will reinforce the centrality of the principle of equality in substantive justice and it will contribute in a more principled understanding of Article 9 of the ECHR.⁹⁴ In that sense, a disparity between the approaches of the two courts will not be to the detriment of human rights protection, but it will rather re-establish the focus towards the most effective protection of fundamental rights. What is more, in times of an escalated debate about constitutional identity and the EU integration policies, the recognition of religion as part of identity will re-affirm the concept of equality within a symmetrical relationship between free and equal agents, which is engendered by respect for their dignity and exercise of practical reason.⁹⁵

It has been stressed in political theory that "the laws aim to guarantee to the greatest extent possible the equal right of each individual to pursue his or her own plan of life"⁹⁶ and that the most basic rights in this respect are the right to work and private property as a means of subsistence as well as the right to freedom of belief, for these rights are essential to the liberal understanding of market mechanism and toleration. When the latter encompasses the former, autonomy *qua* political equality needs to be reinforced as a core democratic right.

Discrimination in the Private Workplace Opened. The European Court of Human Rights could Close it", *Strasbourg Observers* [web blog], 27 March 2017, <https://strasbourgobservers.com/2017/03/27/european-court-of-justice-keeps-the-door-to-religious-discrimination-in-the-private-workplace-opened-the-european-court-of-human-rights-could-close-it/>, (accessed 26 April 2017); I. Tourkochoriti, "Protection with Hesitation: on the recent CJEU Decisions on Religious Headscarves at Work", *VerfBlog* [web blog], 21 March 2017, <http://verfassungsblog.de/protection-with-hesitation-on-the-recent-cjeu-decisions-on-religious-headscarves-at-work/>, (accessed 25 March 2017); European Network Against Racism, "EU Court decision on workplace ban on headscarf legitimises discrimination of Muslim women", *ENAR* [web blog], 14 March 2017, <http://enar-eu.org/EU-Court-decision-on-workplace-ban-on-headscarf-legitimises-discrimination-of->, (accessed 14 March 2017).

94 See also M. Kiviorg, *Freedom of Religion or Belief – The Quest for Religious Autonomy*, DPhil, University of Oxford, 2011, <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid%3A6c5916d8-d69d-4f2d-91e5-a5586f8abd4b>, (accessed 20 February 2017), p. 21.

95 R. Erlewine, *Nation of Devils: Monotheism and Tolerance; Recovering a Religion of Reason*, Indiana Series in the Philosophy of Religion, 2009, p. 104.

96 R. Bellamy and P. Baher, P., "Carl Schmitt and the Contradictions of Liberal Democracy", *European Journal of Political Research*, vol. 23, 1993, pp. 163–185.

The aim for blanket bans should not be considered legitimate because of its believed legitimacy in procedural terms stemming from an undisputed hierarchy of a supposedly neutral rule be it in private or public terms. Instead, it needs to reflect, on a procedural level, on the reason of individuals for themselves, while on a substantial one it requires the equal standing of individuals as persons,⁹⁷ who are respected on the basis of their free and equal agency and human dignity. The latter further calls for the protection of the autonomy of individuals as private persons, while it also creates the conditions for their participation as public agents⁹⁸ serving in this way a qualified concept of autonomy, which has an individual and collective dimension.

Framing the debate on religious expression in Europe in terms of anti-discrimination law and fundamental rights protection will provide the tools to address unchallenged relations and structures of domination⁹⁹ in today's Europe. After all, at the heart of discrimination lies prejudice and striking the right balance between the involved parties while establishing the bias is a task that entails awareness of the functioning of power relations and societal stereotypes.¹⁰⁰ This very awareness is even more important in the workplace, as the factoring in of such bias into evidence determines the reversal of the burden of proof in favour of those, who suffer the discrimination, especially if the prejudice is not directly manifested.¹⁰¹

If all grounds of equality are to be treated equally, the focus will return to proportionality, which will be the decisive criterion on the issue of when religious expression can be restricted at work.¹⁰² A structural contradiction and an existential crisis run deeper within the European edifice; a crisis that looms in the positioning and the legal concealment of the individual while balancing competing rights and interests. Allowing for economic freedoms or national identities to trump the autonomous individual, will concretize the individual into a *neo-utilitarian* and instrumentalist context in favor of the protection of the free and unregulated market or of state paternalism and moralism.

97 J. Garthoff, "Legitimacy is Not Authority", *Law and Philosophy*, vo. 29, no. 6, 2010, p. 689

98 S. Benhabib, "On Michel Rosenfeld's The Identity of the Constitutional Subject", *Cardozo Law Review*, vol. 33, no. 5, 2012, p. 1897.

99 E. Bribosia and I. Rorive, "ECJ Headscarf Series (4): The Dark Side of Neutrality", *Strasbourg Observers* [web blog], 16 September 2016, <https://strasbourgobservers.com/2016/09/14/ecj-headscarf-series-4-the-dark-side-of-neutrality/>, (assessed 17 November 2016), p. 3.

100 Farkas, n. 50, pp. 7, 53, 90.

101 *Ibid*, p. 7.

102 Al. Silveira and S. P. Fernandes, "Unveiling the Meaning of Freedom Religion in the Workplace", *Official Blog of UNIO* [web blog], 4 November 2016, <https://officialblogofunio.com/2016/11/04/editorial-of-november-2016/>, (assessed 10 January 2017)

However, this neo-liberal ideal echoes an asymmetrical and hierarchical relationship between the interlocutors in the public sphere and negates the individual in the name of protecting it.

The legal response contrary to this understanding, is the promotion of a dignity and autonomy-based discrimination approach of individual rights and religious expression in particular, understood as collective rights yet from the standpoint of the affected individual in multicultural Europe. It is important to reinforce the links between human rights protection for religion and the non-discrimination norms. If we do so, this will lead towards a substantive¹⁰³ and not merely a formal understanding of societal equality as a fundamental principle of human rights and it will enhance cohesion and genuine plurality in the society.

103 See also D. Moeckli, n. 19, pp. 191, 192.

Η οικονομική ανάλυση του δικαίου των διακρίσεων - Δικονομικές εκφάνσεις

Ευάγγελος Αγγελόπουλος

1. Εισαγωγικές επισημάνσεις

Το δίκαιο κατά των «δυσμενών διακρίσεων»¹ είναι ένα από τα πλέον αμφιλεγόμενα, και γι' αυτό ενδιαφέροντα, πεδία του εργατικού δικαίου² *latu sensu*, ως ένα βαθμό και υπονομευτικό του αρραγούς συλλογικού χαρακτήρα του κοινωνικού δικαίου, καθώς στο δίκαιο των διακρίσεων δεν είναι προστατευόμενη πια μια κοινωνικο-οικονομική κατηγορία, ήτοι η παραγωγική τάξη των μισθωτών, αλλά το προσωπικό χαρακτηριστικό ενός εκάστου εργαζομένου (φύλο, ηλικία, θρησκευτικές πεποιθήσεις, σεξουαλικές προτιμήσεις κ.λπ.). Κομίζει, λοιπόν, το δίκαιο των διακρίσεων έναν φιλελεύθερο ατομικισμό³ ή δικαιωματισμό, σχετικά ξένο προς τις θεσμογόνες συνθήκες του εργατικού δικαίου. Σημειωτέον, προφανώς, ότι οι συνθήκες αυτές έχουν μεταβληθεί άρδην (απασχόληση γυναικών, σεξουαλική απελευθέρωση και εμπέδωση της

1 Αδικοιολόγητων/καταχρηστικών/ παράνομων/αυθαίρετων διακρίσεων.

2 Βλ. A.C.L. Davies, *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, 2004, σ. 118 επ.

3 Από αυτήν την άποψη το δίκαιο κατά των δυσμενών διακρίσεων είναι απολύτως συμβατό με το σύστημα του δικαίου της ΕΕ, στο πλαίσιο άλλωστε αυτού του τελευταίου το πρώτο βρίσκει την ισχυρότερη κατοχύρωσή του, τόσο πρωτογενώς (άρθρα 2 ΣΕΕ, 3 παρ. 3 ΣΕΕ, 8 ΣΛΕΕ, 10 ΣΛΕΕ, 18-19 ΣΛΕΕ, άρθρο 21, 23 ΧΘΔΕΕ), όσο και παραγώγως (Οδηγίες 2000/43, 2000/78).

σεξουαλικής αυτοδιάθεσης, γήρανση πληθυσμού κ.ο.κ.) και είναι εύλογο κάποια νέα⁴ δικαιικά επιστητά, όπως το δίκαιο των δυσμενών διακρίσεων, να μην διακρίνονται για την απόλυτη συμβατότητά τους με ένα γενικότερο και αρχαιότερο πεδίο (εργατικό δίκαιο) με αλλότρια *ratio constituendi*.

2. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου και οι διακρίσεις

2.1. Βασική θέση

Είναι ενδιαφέρουσα και εν πολλοίς ωφέλιμη η αναλυτική⁵ προοπτική που κομίζει η οικονομική ανάλυση του δικαίου (εφεξής «ΟΑΔ») σχετικά με την εφαρμογή της νομοθεσίας κατά των δυσμενών διακρίσεων.⁶ Όπως προκαταρκτικώς επισημαίνεται ότι η ιστορία της ΟΑΔ είναι άρρηκτα συνυφασμένη με το πεδίο των διακρίσεων, καθώς η αναθεωρημένη έκδοση της διδακτορικής διατριβής του μετέπειτα νομπελίστα Gary Becker αφορούσε στα «Οικονομικά των Διακρίσεων».⁷ Μάλιστα ο Becker παρείχε μια οικονομικής φύσεως εξήγηση για τους λόγους που καθιστούν τις διακρίσεις οικονομικά αναποτελεσματικές και αυτοϋπονομευτικές για την ευημερία της επιχείρησης που τις διαπράττει και μακροπρόθεσμα είναι οικονομικά λογικό να εξαφανιστούν.⁸

Το κεντρικό επιχείρημα του Becker έχει ως εξής: Διακρίσεις συμβαίνουν κατά την οικονομική επιστήμη όταν οι συμμετέχοντες στην αγορά (εργοδότες, εργαζόμενοι και πελάτες) στο πλαίσιο των οικονομικών συναλλαγών τους συνυπολογίζουν παράγοντες όπως

4 Το ζήτημα των αδικαιολόγητων διακρίσεων απασχολούσε ήδη την προσωκρατική σκέψη. Ο Αναξαγόρας έλεγε «νοῦς δὲ πᾶς ὁμοῖός ἐστί», ενώ ο Αντιφών ο σοφιστής λέγει: «ἐπεὶ φύσει πάντες πάντα ὁμοίως πεφυκαμεν καὶ βάρβαροι καὶ Ἕλληνες εἶναι, σκοπεῖν δὲ παρέχει τα τῶν φύσει ὄντων ἀναγκαιῶν πᾶσιν ἀνθρώποις· πορίσαι τε κατὰ ταῦτα συναντᾶσθαι, καὶ ἐν πᾶσι τοῦτοις οὔτε βάρβαρος ἀφώρισται ὁ ἡμῶν οὐδεὶς οὔτε Ἕλληνας ἀναπνέοντες τε γὰρ εἰς τὸν αἶρα ἅπαντες κατὰ τὸ στόμα καὶ κατὰ τὰς ρίνας καὶ ἐσθίοντες χερσὶν ἀπαντες?..» [DK. B44 B2].

5 Αναλυτική και όχι κανονιστική γιατί εξηγεί, δεν δικαιολογεί: Η μεθοδολογική σκευή και εμβέλεια της οικονομικής ανάλυσης του δικαίου της στερεί κανονιστική περιωπή. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου δεν μπορεί να μιλήσει για την «απαξία» των διακρίσεων, αλλά περιορίζεται στο να εξηγήσει κατά πόσο αυτές είναι οικονομικά ορθολογικές. Το αν είναι ή δεν είναι οικονομικά ορθολογικές δεν (πρέπει να) σημαίνει σχεδόν τίποτε για την ηθικο-νομική αντιμετώπισή τους.

6 Από τη μάλλον ισχνή ελληνική βιβλιογραφία, βλ. ενδεικτικώς Στ. Κοφίνης, *Ισότητα και απαγόρευση διακρίσεων*, εκδ. Σάκουλας, 2016, 270 επ.

7 G. Becker, *Economics of Discrimination*, The University of Chicago Press, 1957 (1971). Για μια σύγχρονη ανάλυση των οικονομικών των διακρίσεων βλ. G. Borjas, *Labor Economics*, 7th ed., McGraw-Hill Education, 2015, σ. 362 επ., και R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 9th ed., Wolters Kluwer Law & Business, 2014, §12.10.

8 Εν τέλει πάντως η πρόβλεψη του Becker δεν επιβεβαιώθηκε. Πρβλ. και J. Heckman, “Detecting discrimination”, *JEP* 12 (1998), σ. 111.

η φυλή, το φύλο, οι θρησκευτικές πεποιθήσεις, ο σεξουαλικός προσανατολισμός κ.ο.κ. Κατ' αυτόν τον τρόπο τα κόστη και τα οφέλη των προκείμενων οικονομικών συναλλαγών εξαρτώνται, ενδεικτικώς, από το χρώμα, το φύλο κ.ο.κ. των συναλλασσομένων. Η θεωρία του Becker για τις διακρίσεις στην αγορά εργασίας ερείδεται στην έννοια της «διακριτικής γεύσης» (“taste discrimination”): Καίτοι κοστίζει μόνο M_a (Μισθός αλλοδαπού) ευρώ η πρόσληψη ενός αλλοδαπού εργαζόμενου, για τον εργοδότη που διάκειται αρνητικά έναντι των αλλοδαπών κοστίζει $M_a (1+\delta)$ ευρώ, όπου « δ » ένας πάντοτε θετικός αριθμός που ονομάζεται «συντελεστής διακρίσεων» (discrimination coefficient).⁹ Δηλαδή ενώ η πρόσληψη ενός αλλοδαπού υπαλλήλου δίχως προϋπηρεσία κοστίζει 586,08 ευρώ, για τον ρατσιστή εργοδότη κοστίζει $586,08 + \delta$. Ως εκ τούτου, για τον ρατσιστή εργοδότη του παραδείγματος το θεωρητικό μισθολογικό κόστος της πρόσληψης ενός αλλοδαπού υπερβαίνει το πραγματικό κόστος, αυτή δε η υπέρβαση είναι ανάλογη με το βαθμό της ρατσιστικής γεύσης του εργοδότη, όσο μεγαλύτερη η προκατάληψη τόσο μεγαλύτερη η προκύπτουσα αναποτελεσματικότητα για τον εργοδότη και συνεπώς τόσο μεγαλύτερο το αντικίνητρο πρόσληψης αλλοδαπών.¹⁰ Ως εκ τούτου, μια καθ' υπόθεση ορθολογική αγορά εργασίας θα πρέπει να παράξει αντισταθμιστικές μισθολογικές διαφορές (“compensating wage differentials”)¹¹ προκειμένου να αποζημιώσει τους προκατειλημμένους εργοδότες για τη ζημία τους σε επίπεδο οικονομικής ωφελιμότητας.

Έστω, λοιπόν, ότι η παραγωγή (π) μιας επιχείρησης με προσωπικό 100 ατόμων παραμένει αμετάβλητη, είτε απασχολεί αποκλειστικώς Έλληνες εργαζόμενους (E_e) είτε απασχολεί αποκλειστικώς αλλοδαπούς εργαζόμενους (E_a). Άρα $\pi = f(E_e + E_a)$. Συνεπώς εάν η σύνθεση του προσωπικού είναι 90 Έλληνες και 10 αλλοδαποί έχει την ίδια επίδραση στην παραγωγή ως εάν στην εν λόγω επιχείρηση απασχολούνταν 10 Έλληνες και 90 αλλοδαποί. Επειδή αμφότερες οι ομάδες εργαζομένων (Ελλήνων και αλλοδαπών) διαθέτουν την ίδια αξία οριακού προϊόντος, μια απροκατάληπτη / «μη-ρατσιστική» επιχείρηση θα προσλάβει από την ομάδα εκείνη με τα χαμηλότερα ημερομίσθια. Εάν ο ειθισμένος μισθός των αλλοδαπών είναι μικρότερος από τον ειθισμένο μισθό των Ελλήνων, μια μη-ρατσιστική, ορθολογική επιχείρηση θα προσλάβει αποκλειστικά αλλοδαπούς μέχρι το σημείο όπου ο μισθός των αλλοδαπών ισούται με την αξία του οριακού προϊόντος τους.

9 Συντελεστής διακρίσεων υφίσταται και όταν πρόκειται για οριζόντια διακριτική μεταχείριση, μεταξύ συναδέλφων (πρβλ. την απόφαση του ΕΔΔΑ Ι.Β. κατά Ελλάδας, αρ. προσφ. 552/10, απόφαση της 3^{ης} Οκτωβρίου 2013, αφορώσα στην απόλυση μισθωτού φορέα του HIV).

10 Υπάρχει και η αντίστροφη περίπτωση προκατάληψης, κάποιιοι δηλαδή εργοδότες να προσλαμβάνουν αποκλειστικά αλλοδαπούς, οπότε σε αυτήν την περίπτωση ο συντελεστής « δ » είναι αρνητικός αριθμός και άρα οι εργοδότες νομίζουν ότι το κόστος πρόσληψης των αλλοδαπών είναι μικρότερο από το πραγματικό.

11 Για το ζήτημα βλ. όλως ενδεικτικώς Borjas, *ό.π.* (υποσ. 7), σ. 196 επ., Shouyong Shi, “Wage differentials, discrimination and efficiency”, *Eur. Econ. Rev.* 50 (2006), σ. 849–875.

Συνεπώς, αν ο μισθός των αλλοδαπών είναι ο κατώτατος επιτρεπτός 586,08 ευρώ, ενώ των Ελλήνων τείνει να είναι κατά τι υψηλότερος (π.χ. 600,00 ευρώ), τότε μια ορθολογική, «μη-ρατσιστική» επιχείρηση θα προσλάβει 100 αλλοδαπούς και κανέναν Έλληνα. Άλλως ειπείν, ο κανόνας βάσει του οποίου ο ρατσιστής εργοδότης επιλέγει το προσωπικό του είναι:

- αν $Ma (1+\delta) < Me$, τότε προσλαμβάνει αποκλειστικώς αλλοδαπούς.
- αν όμως $Ma (1+\delta) > Me$ τότε προσλαμβάνει αποκλειστικώς Έλληνες.

Στο βαθμό λοιπόν που Έλληνες και αλλοδαποί είναι τέλεια υποκατάστατα οι μεν των δε, τότε οι επιχειρήσεις έχουν ένα διαφοροποιημένο, μεικτό προσωπικό. Φυσικά αυτό έχει την εξής συνέπεια: Οι ρατσιστές εργοδότες όχι μόνο προσλαμβάνουν αποκλειστικά Έλληνες, αλλά εν τέλει προσλαμβάνουν και σχετικά λιγότερους Έλληνες, καθώς αυτοί έχουν υψηλότερες αποδοχές. Η προκατάληψη («ρατσιστική γεύση») των εργοδοτών συνεπάγεται υψηλότερο κόστος μισθοδοσίας και λιγότερες θέσεις εργασίας, άρα οικονομική αναποτελεσματικότητα. Η κύρια λοιπόν θέση του Becker είναι ότι οι δυσμενείς διακρίσεις δεν αποδίδουν (“discrimination does not pay”), καθώς οι πιο κερδοφόρες επιχειρήσεις είναι οι επιχειρήσεις με μηδενικό συντελεστή διάκρισης, καθώς οι διακρίσεις μειώνουν τα κέρδη με δύο τρόπους: α) ακόμη κι αν ο ρατσιστής εργοδότης προσλάβει μόνο αλλοδαπούς εργαζομένους, προσλαμβάνει πολύ λίγους εργαζόμενους, και β) αν η ρατσιστική επιχείρηση προσλάβει μόνο Έλληνες εργαζόμενους προσλαμβάνει πολύ λίγους εργαζόμενους με πολύ υψηλές αποδοχές.

Αν η πηγή των δυσμενών διακρίσεων σε ανταγωνιστικές αγορές είναι ο εργοδότης, τότε ο καλύτερος φίλος των προστατευτέων προσώπων είναι ο ελεύθερος, ανόθευτος, αδιατάρακτος ανταγωνισμός. Σε μια ανταγωνιστική αγορά (μη μονοπωλιακή, μη ολιγοπωλιακή, μη καρτελοποιημένη) οι εργοδότες είναι υποχρεωμένοι αν θέλουν να προβούν σε δυσμενείς διακρίσεις να καταβάλουν οι ίδιοι το τίμημα της προκατάληψής τους. Απεναντίας σε μια μη ανταγωνιστική αγορά, το τίμημα εν τέλει μετακυλίεται στους καταναλωτές. Εξ αυτού του λόγου, ο Becker θεωρούσε ότι οι εργοδοτικές διακρίσεις είναι αναπόφευκτο αργά ή γρήγορα να εξανεμιστούν στις ανταγωνιστικές αγορές, εκτός κι αν οι διακρίνουσες επιχειρήσεις είναι κατά τα άλλα αποτελεσματικότερες (δηλαδή παράγουν ίδιο όγκο προϊόντων/υπηρεσιών με μικρότερο κόστος σε σχέση με τους ανταγωνιστές τους), οπότε έχουν ένα μικρό ή μεγάλο περιθώριο να επιμείνουν σε πρακτικές διακριτικής μεταχείρισης. Σημειωτέον ότι αν ο Ma είναι αισθητά χαμηλότερος του Me , ακόμη και οι επιχειρήσεις με πολύ υψηλό συντελεστή διακρίσεων θα εξαγοραστούν και τελικά θα προσλάβουν αλλοδαπούς.

Ως προς τις επονομαζόμενες στατιστικές διακρίσεις λεκτέα τα εξής: Διαφορές στην αγορά εργασίας βάσει φύλου, φυλής κ.λπ., ενδέχεται να προκύψουν ακόμη και όταν ελλείπει το στοιχείο της προκατειλημμένης γεύσης. Αυτό συμβαίνει γιατί καθ' υπόθεση (βάσιμη

ή μη) η συμμετοχή ενός προσώπου σε μια συγκεκριμένη κατηγορία (π.χ. αλλοδαποί, γυναίκες, ομοφυλόφιλοι, ισλαμιστές) ενσωματώνει και εκπέμπει πληροφορίες για τις δεξιότητες και την παραγωγικότητά του. Αυτή η ενσωμάτωση των πληροφοριών εξοικονομεί τεράστια κόστη στον εργοδότη. Γιατί; Φανταστείτε έναν έγγαμο εργοδότη που δημοσιεύει σήμερα μια αγγελία για θέση υπαλλήλου γραφείου. Κατά πάσα πιθανότητα θα λάβει μερικές εκατοντάδες βιογραφικά, ενδεχομένως και λίγες χιλιάδες. Αν δεν έχει τμήμα ανθρωπίνων πόρων και θέλει να εξετάσει προσεκτικά κάθε βιογραφικό το μόνο βέβαιο αποτέλεσμα με έννομες συνέπειες από αυτή του την ματαιοπονία θα είναι η κατάθεση αγωγής διαζυγίου από μέρους της γυναίκας του. Αλλά ακόμη κι αν έχει τμήμα ανθρωπίνων πόρων θα πρέπει να επιβαρυνθεί με ένα κόστος διαχείρισης βιογραφικών πολλών χιλιάδων ευρώ σε εργατώρες. Έτσι ένας Έλληνας εργοδότης που αναζητεί αποφοίτους Λυκείου για το τηλεφωνικό του κέντρο εξοικονομεί κόστος όταν παραβλέπει τα βιογραφικά των υποψηφίων με αλβανικό ονοματεπώνυμο, καθώς για αυτόν η αλβανική καταγωγή είναι ένας τάχιστος και οικονομικός δείκτης για τις γνώσεις ελληνικών του υποψηφίου. Εδώ φυσικά μιλούμε για τις ορθολογικές επιλογές και δεν εξετάζουμε το *animus* του εργοδότη, όπως διαμορφώνεται από προσωπικά ή οικογενειακά βιώματα (π.χ. εργοδότης που μισεί τους Αλβανούς επειδή ο παππούς του σκοτώθηκε στο αλβανικό μέτωπο το 1940).

2.2. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου των διακρίσεων κατά γυναικών

Όσον αφορά στις διακρίσεις βάσει φύλου, κρίσιμο είναι το ερώτημα γιατί είναι τόσο επίμονες οι μισθολογικές διαφορές σε βάρος των γυναικών. Η ΟΑΔ απαντά ότι προφανώς οι επίμονες στο χρόνο διακρίσεις σε βάρος των γυναικών είναι οικονομικά αποτελεσματικές για τους εργοδότες. Η εξήγηση – υποτίθεται ότι – βρίσκεται στη διαφορετική ποσότητα επένδυσης των γυναικών στο ανθρώπινο τους κεφάλαιο “human capital” (εκπαίδευση/δεξιότητες). Οι γυναίκες – υποτίθεται ότι – επενδύουν λιγότερο στην ανάπτυξη των επαγγελματικών δεξιοτήτων τους, και περισσότερο στις οικογενειακές τους δεξιότητες. Υπάρχει βέβαια σε αυτήν την εξήγηση και ο κίνδυνος του κυκλικού συλλογισμού, καθώς μια γυναίκα που γνωρίζει ότι δεν θα τύχει της ίδιας μεταχείρισης με τον ομοίον προσόντων άνδρα συνάδελφό της θα θεωρήσει ανορθολογική και αναποτελεσματική την επένδυση των σπάνιων χρονικών της πόρων στην ανάπτυξη των επαγγελματικών δεξιοτήτων. Μάλιστα, υποστηρίζεται από την ΟΑΔ¹² ότι ακόμη κι αν η νομοθεσία περί ίσης αμοιβής μεταξύ ανδρών-γυναικών εφαρμοστεί πλήρως, οι γυναίκες ενδέχεται να μην ωφεληθούν, καθώς ο εργοδότης θα αντιμετωπίσει αυξημένο μισθολογικό κόστος και για να το εξισορροπήσει ίσως προβεί σε λιγότερες προσλήψεις ή περισσότερες απολύσεις, ενώ ενδέχεται να μειώσει όλους τους μισθούς (δηλαδή να μειώσει τους μισθούς των ανδρών στο επίπεδο των γυναικών) και να παραλείψει προγραμματισμένες αυξήσεις σε όλο το προ-

12 Posner, *ό.π.* (υποσ. 7).

σωπικό, ενώ παράλληλα μπορεί να επέλθει μετακύλιση του κόστους της νομοθεσίας κατά των διακρίσεων στους καταναλωτές, μεταξύ των οποίων οι περισσότερες είναι γυναίκες.

Από την άλλη πλευρά, οι γυναίκες εργαζόμενες φέρονται ορθολογικά όταν επί παραδείγματι επιλέγουν εργασιακά περιβάλλοντα όπου υφίστανται εργαζόμενοι και από τα δύο φύλα, προκειμένου να μειώσουν τις πιθανότητες να υποστούν διακρίσεις.¹³ Ένα εργασιακό περιβάλλον που αποτελείται μόνο από άνδρες εργαζόμενους ενδεχομένως προδίδει την διακριτική γεύση του εργοδότη, αλλά και ενδεχομένως και των ίδιων των εργαζομένων.

2.3. Η οικονομική ανάλυση του δικαίου των ΑμεΑ

Η νεοκλασική θεωρία υποστηρίζει ότι στο πλαίσιο μιας αποτελεσματικής και ορθά λειτουργούσας αγοράς εργασίας, οι εργοδότες προσλαμβάνουν εκείνους τους εργαζόμενους οι οποίοι θα επιτύχουν την ευρύτερη καθαρή παραγωγικότητα.¹⁴ Αυτή η ωφελιμότητα υπολογίζεται αφαιρώντας το συνολικό κόστος εργασίας από το συνολικό όφελος της παραγωγής.¹⁵ Έτσι καθώς οι εργαζόμενοι με αναπηρία αντιμετωπίζονται ως να απαιτούν δαπανηρές επιπρόσθετες μονάδες συνεισφοράς (inputs) εν είδει διευκολύνσεων, ένας εργοδότης ο οποίος δεν περιορίζεται από κάποια σχετική νομοθεσία θα επιλέξει ορθολογικά εργαζόμενους δίχως αναπηρία.¹⁶ Έτσι, ο αποκλεισμός των ΑμεΑ από την αγορά εργασίας είναι το αποτέλεσμα ορθολογικών και οικονομικά αποτελεσματικών (καίτοι δυσάρεστων) εργοδοτικών αποφάσεων και όχι το αποτέλεσμα δυσμενών διακρίσεων, άμεσων ή έμμεσων.¹⁷ Το ίδιο νεοκλασικό παράδειγμα προβλέπει εξάλλου ότι ο εν λόγω αποκλεισμός των ΑμεΑ στον βαθμό που πηγάζει από την εργοδοτική βούληση για οικονομική αποτελεσματικότητα είναι πιθανότερο να λάβει χώρα στο στάδιο των προσλήψεων, όπου οι εργοδότες μπορούν ακόμη να αποφύγουν το ρυθμιστικά επιβαλλόμενο κόστος διευκολύνσεων (πχ ράμπες για καροτσάκια, ειδική διαρρύθμιση αποχωρητηρίων κ.ο.κ.). Ως εκ τούτου, για την οικονομική ανάλυση του δικαίου των ΑμεΑ, ρυθμιστικά καθεστώτα που επιτάσσουν εργασιακές διευκολύνσεις για τα ΑμεΑ, πέραν του ότι είναι οικονομικά αναποτελεσματικά, δημιουργούν και αντικίνητρα για την πρόσληψη των προστατευομένων εργαζομένων.¹⁸

13 Βλ. S. Moss, "Women Choosing Diverse Workplaces", *Harv. Women's L.J.*, 27 (2004), σ. 1.

14 S. Harris and M. Stein, "Workplace disability", *New York Law School Legal Studies Research Paper Series* 08/09 #5, διαθέσιμο στο διαδίκτυο σε <http://ssrn.com/abstract=1226433> (τελ. επίσκεψη 20 Αυγούστου 2017), σ. 4.

15 M. Stein, "The Law and Economics of Disability Accommodations", *Duke L.J.*, 53 (2003), σ. 181-183.

16 R. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Harvard University Press, 1992, M. Kelman, "Market Discrimination and Groups", *Stan. L. Rev.*, 53 (2001), σ. 833-896.

17 Harris and Stein, *ό.π.* (υποσ. 14), σ. 4-5.

18 *Ibid*, 5.

Περαιτέρω, ένα επιπρόσθετο κόστος σε σχέση με έναν μισθωτό δίχως αναπηρία είναι αυτό της απόλυσης, καθώς λόγω των προστατευτικών διατάξεων (βλ. ν. 2643/1998) και της διαδικασίας που θεσπίζεται προκειμένου να καταγγεληθεί νόμιμα η σύμβαση εργασίας ενός ΑμεΑ ο εργοδότης καταλήγει να επιβαρύνεται όταν θα αναγκαστεί να προσλάβει ένα ακατάλληλο προς παραγωγική εργασία ΑμεΑ.

Στην ανωτέρω συλλογιστική μπορούν να προταθούν οι ακόλουθες ενστάσεις:

Η αγορά εργασίας λειτουργεί όντως αποτελεσματικά κατά την κατανομή των ευκαιριών απασχόλησης στα ΑμεΑ;

Η αγορά εργασίας είναι όντως ανταγωνιστική;

Όντως απαιτούνται για όλα τα ΑμεΑ ή έστω για την πλειοψηφία αυτών δαπανηρές διευκολύνσεις στους χώρους εργασίας εκ μέρους των εργοδοτών προκειμένου να εργαστούν παραγωγικά;

Πάντως φαίνεται να υπάρχει μια συσχέτιση της ρυθμιστικής παρέμβασης υπέρ κάποιων προστατευομένων προσώπων και της απροθυμίας των εργοδοτών να τους προσλάβουν δημιουργώντας εν τέλει έναν φαύλο κύκλο. Σε κάθε περίπτωση δεν μπορούμε να παραβλέψουμε ότι στις ΗΠΑ ο αριθμός των εργαζομένων ΑμεΑ μειώθηκε μετά τη θέσπιση της σχετικής νομοθεσίας. Έχει υποστηριχθεί βεβαίως ότι αυτό οφείλεται σε παραπληρωματικές νομοθεσίες επιδοματικού/προνοιακού χαρακτήρα.¹⁹

Εξάλλου, όπως επισημαίνεται από ερευνητές, οι εργαζόμενοι που είναι πιθανόν να υποστούν δυσμενείς διακρίσεις στην αγορά εργασίας αντιμετωπίζουν μικρότερη απόδοση επί της επένδυσής τους σε επίπεδο σπουδών/δεξιοτήτων (ανθρώπινο κεφάλαιο) και συνεπώς είναι λιγότερο πιθανό να αποκτήσουν περισσότερο ανθρώπινο κεφάλαιο μέσω της εκπαίδευσης και της διά βίου μάθησης.²⁰

Έτσι παρατηρούμε μια κλασική περίπτωση Catch-22: Κάποιοι εργαζόμενοι εισέρχονται με μειονεκτήματα στην αγορά εργασίας επειδή θεωρείται ότι έχουν χαμηλότερη αξία σε επίπεδο καθαρής παραγωγικότητας,²¹ και με τη σειρά τους αυτοί ακριβώς οι εργαζόμενοι επενδύουν λιγότερο στο ανθρώπινο κεφάλαιό τους μιας και πιστεύουν ότι ούτως ή άλλως θα μειονεκτούν στην αγορά εργασίας.²²

19 R. Burkhauser, A. Houtenville and L. Rovba, "Accounting for the Declining Fortunes of Working-Age People with Disabilities", in S. Estreicher and M. Stein (eds), *The Americans with Disabilities Act: Empirical Perspectives*, Kluwer Law International, 2008.

20 Donohue and Heckman, "Continuous Versus Episodic Change: The Impact of Civil Rights Policy on the Economic Status of Blacks", *JEL* 29 (1991), σ. 1603-1643.

21 Stein, *ό.π.* (υποσ. 15), σ. 156-157.

22 D. Strauss, "The Law and Economics of Racial Discrimination in Employment", *Geo. L.J.* 79 (1991), σ. 1640.

3. Δικονομικές εκφάνσεις

Η βέλτιστη και αποτελεσματική προστασία έναντι των δυσμενών διακρίσεων προϋποθέτει και επιτάσσει όπως οι ουσιαστικές διατάξεις της οικείας νομοθεσίας συνταιριάζονται με τις διατάξεις που αφορούν στην εφαρμογή της.²³ Κατ' ουσίαν το εγχείρημα δεν είναι άλλο από μια μεταγλώττιση των ουσιαστικών κανόνων στη δικονομική διάλεκτο, όσο πιο επιτυχής η απόδοση τόσο πιο πιθανή η ορθή εφαρμογή της νομοθεσίας.

3.1. Βάρος απόδειξης

Ακρογωνιαίος λίθος αυτής της εφαρμογής είναι οι διατάξεις περί βάρους αποδείξεως²⁴ (βλ. άρθρα 9 ν. 4443/2016, 8 της Οδηγίας 2000/43/ΕΚ, 10 της Οδηγίας 2000/78/ΕΚ), σύμφωνα με τις οποίες:

«1. Όταν ο βλαπτόμενος προβάλλει ότι δεν τηρήθηκε η αρχή της ίσης μεταχείρισης και αποδεικνύει ενώπιον δικαστηρίου ή αρμόδιας διοικητικής αρχής πραγματικά γεγονότα από τα οποία μπορεί να συναχθεί άμεση ή έμμεση διάκριση, το αντίδικο μέρος ή η διοικητική αρχή φέρει το βάρος να αποδείξει στο δικαστήριο, ότι δεν συνέτρεξαν περιστάσεις που συνιστούν παραβίαση της αρχής αυτής.

2. Η ρύθμιση της ανωτέρω παραγράφου δεν ισχύει στην ποινική δίκη.

3. Η ρύθμιση της παραγράφου 1 ισχύει και στην περίπτωση της παραγράφου 1 του προηγούμενου άρθρου. [ενν. στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας]».

Οι εν λόγω διατάξεις, οι οποίες ανατρέπουν τη θεμελιώδη δικονομική αρχή “onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat”,²⁵ υπήρξαν απότοκες της νομολογίας

23 M. Ambrus, M. Busstra and K. Henrard, “The Racial Equality Directive And Effective Protection Against Discrimination: Mismatches Between The Substantive Law And Its Application”, *Erasmus L. Rev.* 2010, σ. 166.

24 Βλ., ενδεικτικώς, O. De Schutter, «Methods of Proof in the Context of Combating Discrimination», in J. Cormack (ed.), *Proving Discrimination – The Dynamic Implementation of EU Anti-Discrimination Law: The Role of Specialised Bodies*, 2003, σ. 23, διαθέσιμο στο διαδίκτυο σε http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/78.provingdiscrimination_thedynamicimplementationofeuanti-discriminationlaw_theroleofspecialisedbodies_1stexpertsmeeting_en_14-15.01.03.pdf (τελ. επίσκεψη 19 Αυγούστου 2017)· M. Ambrus, M. Busstra and K. Henrard, *ό.π.* (υποσ. 23), σ. 176· M.H.S. Gijzen, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A Multi-layered Comparison of European, English and Dutch Law*, Intersentia, 2006, 73· F. Palmer, “Re-dressing the Balance of Power in Discrimination Cases: The Shift in the Burden of Proof”, *EADLR* 2006, σ. 23· O.M. Arnardóttir, “Non-discrimination under Article 14 ECHR: The Burden of Proof”, *Sc.St.L.* 51 (2007), σ. 16· Δ. Γούλας, «Απαγόρευση διάκρισης λόγω γενετήσιου προσανατολισμού και κατανομή του βάρους απόδειξης (Σχόλιο στην απόφαση του ΔΕΕ επί της υπόθεσης C-81/12, *Asociația Accept*)», *EEEurΔ* 2013, 359-364.

25 Εδώ να σημειωθεί ότι ελλοχεύει ο κίνδυνος που στη Λογική αποδίδεται με το αξίωμα “argumentum ad ignorantiam”, ήτοι το λογικό σφάλμα σύμφωνα με το οποίο μια πρόταση είναι αληθής επειδή δεν έχει ακόμη αποδειχθεί ψευδής (και vice versa). Αυτό όμως αποκλείει μια τρίτη πιθανότητα : μπορεί να υπήρξε

του ΔΕΕ στις υποθέσεις διακρίσεων βάσει φύλου.²⁶ Πρόκειται μάλλον για νόμιμο μαχητό τεκμήριο (χαριτολογώντας νομικά μπορεί να γίνει λόγος για ένα “in dubio contra reum”) κατ’ αντιστοιχία με τη διάταξη του άρθρου 145 ΚΔΔ.²⁷ Σε κάθε περίπτωση, παραμένει αδιευκρίνιστο το τι ακριβώς απαιτείται για να θεμελιωθεί μια *prima facie* περίπτωση δυσμενούς διάκρισης και η νομολογία του Δικαστηρίου δεν συνεισφέρει ιδιαίτερος στην επίλυση του ζητήματος. Παρά ταύτα πρέπει να αναγνωρίσουμε ότι στο πεδίο των στατιστικών/εμμέσων διακρίσεων το Δικαστήριο δέχεται ότι τα στατιστικά στοιχεία μπορούν να θεμελιώσουν ένα τεκμήριο διάκρισης και ότι αυτό το τεκμήριο μπορεί να θεμελιωθεί με την βοήθεια των συγκρίσεων.

Σε κάθε περίπτωση αφενός επιμένοντας στην ανάγκη να αποδείξουμε την ύπαρξη ενός αιτιώδους συνδέσμου αντί της θεμελίωσης ενός τεκμηρίου αυτού του συνδέσμου σε μια περίπτωση άμεσης διάκρισης, αφετέρου επιμένοντας στην ανάγκη θεμελίωσης ενός τεκμηρίου από αυτά που συνάδουν με τη φύση της άμεσης διάκρισης σε μια υπόθεση έμμεσης διάκρισης μπορεί να οδηγήσει σε αταίριαστα αποτελέσματα που παρεμποδίζουν την αποτελεσματική προστασία κατά των δυσμενών διακρίσεων.²⁸

Τί προσπαθεί να αποδείξει ο ενάγων; Καταρχάς ότι η μόνη κρίσιμη/αιτιώδης μεταβλητή για την επίδικη απόφαση του εργοδότη ήταν ένα από τα προστατευόμενα χαρακτηριστικά.²⁹ Όμως οι κλασικές κατηγορίες δεδομένων τις οποίες επικαλείται ο ενάγων προκειμένου να αποδείξει δυσμενή διάκριση σε βάρος του παραλείπουν πολλά σχετικά χαρακτηριστικά που όντως χρησιμοποιούνται από τις επιχειρήσεις κατά τις διαδικασίες προσλήψεων και προαγωγών. Έτσι, διαφοροποιήσεις στην οικογένεια, τη συνοικία όπου μεγάλωσε ο ενάγων και το σχολικό του περιβάλλον ενδέχεται να δημιουργούν συστηματικές διαφοροποιήσεις στα μη μετρήσιμα χαρακτηριστικά μεταξύ των υποψηφίων εργα-

ανεπαρκής έρευνα και ως εκ τούτου υφίσταται ανεπαρκής ποσότητα πληροφοριών προς απόδειξη του αληθούς ή ψευδούς της πρότασης. Αποκλείει εξάλλου μια τέταρτη πιθανότητα, η πρόταση να είναι αληθής / ψευδής / αναπόδεικτη μεταξύ αληθούς και ψευδούς /μη αποδείξιμη.

26 Βλ., μεταξύ άλλων, C-109/88, απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*· C-243/95, απόφαση της 17ης Ιουνίου 1998, *Hill and Stapleton v. The Revenue Commissioners and Department of Finance*· C-127/92, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 1993, *Enderby v. Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*· C-237/94, απόφαση της 23ης Μαΐου 1996 *O’Flynn v. Adjudication Officer*.

27 Άρθρ. 145 παρ. 3 ΚΔΔ: «Ο διάδικος κατά του οποίου αντιτάσσεται νόμιμο μαχητό τεκμήριο έχει το βάρος της ανατροπής του». Θα μπορούσε ακόμη να υποστηριχθεί ότι αποτελεί εισαγωγή της αρχής της ηθικής απόδειξης (πρβλ. άρθρ. 177 ΚΠΔ) στην πολιτική δίκη.

28 M. Ambrus, M. Busstra and K. Henrard, *ό.π.* (υποσ. 23), σ. 178.

29 Heckman, *ό.π.* (υποσ. 8), σ. 102.

ζομένων.³⁰ Ένα άλλο ζήτημα που προκύπτει είναι αυτό των πολλαπλών διακρίσεων.³¹ Ιδίως στις περιπτώσεις όπου ο εναγόμενος εργοδότης ισχυρίζεται και αποδεικνύει ότι αντί του ενάγοντος προσέλαβε ή προήγαγε άλλον εργαζόμενο με προστατευόμενα χαρακτηριστικά και συνεπώς δεν είναι το προστατευόμενο χαρακτηριστικό του ενάγοντος που του στέρησε την πρόσληψη/προαγωγή. Σε αυτήν την περίπτωση δέον όπως συνυπολογίζονται όλα τα συρρέοντα προστατευόμενα χαρακτηριστικά του ενάγοντος. Έτσι στην περίπτωση μουσουλμάνας γυναίκας δεν θα αρκεί για την απόρριψη της αγωγής η πρόσληψη/προαγωγή άλλης γυναίκας (διάκριση λόγω φύλου), αλλά θα πρέπει να εξετάζεται από το Δικαστήριο και το θρήσκευμα (διάκριση λόγω θρησκευτικών πεποιθήσεων).

Από την πλευρά των προς απόδειξη ισχυρισμών του ενάγοντα ενδιαφέρον έχει η νομολογία του Ανωτάτου Δικαστηρίου των ΗΠΑ. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το κλασικό τεστ τεσσάρων σταδίων για τις διακρίσεις κατά τη διαδικασία προσλήψεων που υιοθέτησε το Ανώτατο Ομοσπονδιακό Δικαστήριο των ΗΠΑ με τη νομολογία *McDonnell Douglas Corp. v. Green*:³² Ο ενάγων πρέπει να αποδείξει ότι α) ανήκει σε μια προστατευόμενη κατηγορία, β) απέστειλε αίτηση για μια θέση εργασίας που προκήρυξε ο εργοδότης και διέθετε τα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα, 3) απορρίφθηκε η αίτησή του παρά την ύπαρξη στο πρόσωπό του των απαιτούμενων προσόντων, και δ) μετά την απόρριψη ο εργοδότης εξακολούθησε να αναζητεί άλλο πρόσωπο με τα προσόντα του ενάγοντος. Από αυτά τα στοιχεία μπορεί να εξαχθεί διακριτική διάθεση καθώς η εμπειρία έχει δείξει ότι ελλείψει κάποιας άλλης δικαιολογημένης εξήγησης είναι περισσότερο παρά λιγότερο πιθανό αυτή η απόρριψη να εδράζεται σε αδικαιολόγητη διακριτική μεταχείριση. Ο ενάγων επικαλείται ότι η μη επιλογή του (πρόσληψη/προαγωγή) ή η επιλογή του (καταγγελία) από τον εργοδότη ερείδεται σε προκατάληψη του τελευταίου που συνδέεται με κάποιο από τα προστατευόμενα χαρακτηριστικά. Η επιχειρηματική ελευθερία του εργοδότη ελέγχεται κοινωνικά όταν ασκείται ανορθολογικά και κατά τρόπο προσβάλλοντα τις αρχές της ανθρωπίνης αξιοπρέπειας και ισότητας. Προς επίκληση/«απόδειξη» λοιπόν από μέρους του ενάγοντος είναι ότι η μόνη κρίσιμη/αιτιώδης μεταβλητή για την επίδικη απόφαση του εργοδότη ήταν ένα από τα προστατευόμενα χαρακτηριστικά του.

Συνεπώς, εάν «δ» η μεταβλητή διακρίσεως και «x» τα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα που είναι πάντοτε σταθερό μέγεθος τότε η εξίσωση για την πρόσληψη/προαγωγή έχει ως εξής:

³⁰ *Ibid.* σ. 104.

³¹ Για τις πολλαπλές διακρίσεις, βλ. ενδεικτικά Ch. Deliyianni-Dimitrakou, “Égalité multidimensionnelle et discriminations multiples en droit compare”, *RID comp.* 65 (2013), σ. 681-718.

³² 411 U.S. 792, 802 (1973), πρβλ. και νομολογία *Furnco Constr. Corp. v. Waters*, 438 U.S. 567, 575, 579-80 (1978).

Ορθολογική πρόσληψη/προαγωγή : $\pi = x$

Ανορθολογική πρόσληψη/προαγωγή: $\pi = x + \delta$

Βαθμός απόδειξης: αρκεί να αποδείξει ότι είναι έστω και οριακά πιθανότερο η εργοδοτική απόφαση να οφείλεται σε διάκριση απ' ότι να μην οφείλεται (αν η πλήρης απόδειξη είναι «x» και «v» η ελάχιστη τιμή, αρκεί να αποδείξει $x/2 + v$).

Αφού επικαλεστεί και προσκομίσει εκείνα τα αποδεικτικά μέσα ο ενάγων ώστε να μπορεί να συναχθεί από το δικαστήριο διάκριση ως πιθανότερη αιτία της μη πρόσληψης/προαγωγής παρά οποιαδήποτε άλλη αιτία ($\delta > 50\%$), τότε το βάρος αποδείξεως μετακυλίνεται στον εναγόμενο. Το αποδεικτικό διάνυσμα από ομόρροπο, μετατρέπεται σε αντίρροπο. Ο εναγόμενος πρέπει να ξαναπείσει τον δικαστή ότι $\pi = x$ (πρόσληψη ερειδόμενη αποκλειστικά στα τυπικά και ουσιαστικά προσόντα των υποψηφίων).

Γιατί γίνεται αυτή η μεταφορά, αυτός ο διαμοιρασμός του βάρους απόδειξης, γιατί αντιστρέφεται η κατεύθυνση του αποδεικτικού διανύσματος; Επειδή ο εργοδότης διαθέτει την κύρια ποσότητα των κρίσιμων πληροφοριών (π.χ. στατιστικά στοιχεία προσλήψεων/προαγωγών, δημογραφικά στοιχεία εργασιακού δυναμικού κ.λπ.). Ο ενάγων θα επιβαρυνόταν με τεράστιο αποδεικτικό κόστος, ενώ για τον εναγόμενο το κόστος είναι σαφώς μικρότερο. Εξάλλου ο δικαστής θα σχηματίσει πολύ πιο εύκολα, γρήγορα και σωστά δικανική πεποίθηση έχοντας όλα τα κρίσιμα αποδεικτικά μέσα, η πλειοψηφία των οποίων ελέγχεται από τον εναγόμενο.

Εν κατακλείδι, η ρύθμιση για το βάρος απόδειξης είναι αποτελεσματική, μεταξύ άλλων, και επειδή εξοικονομεί πόρους μέσω του περιορισμού των ενστάσεων του εργοδότη αποκλειστικά στη βάση της δυσμενούς διάκρισης και όχι άλλων συμβατικών πλημμελειών του μισθωτού ως δικαιολογουσών την εργοδοτική απόφαση. Επιπλέον περιορίζει αφενός το κόστος μιας εσφαλμένης απόφασης, αφετέρου το κόστος λειτουργίας του δικαιοδοτικού συστήματος. Επειδή, όμως η «αντιστροφή» αυτή αποτελεί εξαιρετική ρύθμιση πρέπει να επισημανθεί ότι στο αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής της προκειμένης διάταξης δεν υπάρχουν άλλες ενδεχόμενες βάσεις της αγωγής του ενάγοντος.

3.2. Αυτοπρόσωπη εμφάνιση των διαδίκων

Επειδή στις δίκες τις σχετικές με τις διακρίσεις ο δικαστής οφείλει να διαπιστώσει τη ψυχική διάθεση (*animo*) του εργοδότη έναντι των προστατευομένων προσώπων και επειδή το πρόσωπο του εναγομένου εργοδότη ενδέχεται να ενσωματώνει πληροφορίες για την εν γένει διακριτική του ή μη προδιάθεση, καλό είναι το δικάζον δικαστήριο να διατάσσει πάντοτε αυτεπαγγέλτως, ακόμη κι αν δεν υπάρχει αίτηση του ενάγοντος, την αυτοπρόσωπη εμφάνιση των διαδίκων κατ' άρθρο 245 ΚΠολΔ. Έτσι διασφαλίζεται αναγκαία – υψηλής προστιθέμενης αξίας – ποσότητα πληροφοριών για το δικαστήριο με αμελητέο κόστος για τον εναγόμενο.

3.3. Κατανομή δικαστικής δαπάνης και δικαστικών εξόδων

Στις υποθέσεις διακρίσεων δέον όπως κάμπτεται ο κανόνας τόσο του άρθρου 175 ΚΠολΔ περί πλασματικής ερημοδικίας επί μη προκαταβολής των εξόδων, όσο και του άρθρου 176 περί καταδίκης στην πληρωμή των εξόδων του ηττημένου διαδίκου, καθώς αυτοί οι κανόνες ενδεχομένως αποτρέψουν τον κατά τεκμήριο αδύναμο οικονομικά ενάγοντα να ασκήσει την αγωγή. Το ίδιο κατά λογική συνέπεια θα ισχύει και για την περίπτωση συμβιβαστικής επίλυσης της διαφοράς, οπότε θα έχουμε κάμψη του κανόνα του άρθρου 187 σύμφωνα με τον οποίο «με την επιφύλαξη αντίθετης συμφωνίας των ενδιαφερομένων, τα έξοδα του δικαστικού συμβιβασμού επιβαρύνουν εξίσου τους διαδίκους, ενώ τα έξοδα της καταργούμενης δίκης συμψηφίζονται».

4. De lege ferenda

Στην παρούσα ενότητα διατυπώνονται τηλεγραφικώς κάποιες προτάσεις, οι οποίες μάλλον θα ενίσχυαν την αποτελεσματικότητα της εφαρμογής του δικαίου κατά των αδικαιολόγητων διακρίσεων:

Ο εργοδότης σε επιχειρήσεις άνω των 70 εργαζομένων οφείλει να προβλέπει στους κανονισμούς εργασίας τις διαδικασίες προσλήψεων/προαγωγών. Ταυτόχρονη υποχρέωση ενημέρωσης των εργαζομένων για το βαθμολογικό/μισθολογικό κλιμάκιο στο οποίο βρίσκονται και για το εύρος του εν λόγω μισθολογικού πεδίου, καθώς και παροχή ανωνυμοποιημένων στατιστικών στοιχείων για τους μισθούς ανδρών/γυναικών και ημεδαπών/αλλοδαπών ανά βαθμολογικό κλιμάκιο.

Δημιουργία από τον ΣτΠ και το ΣΕΠΕ ενός κοινού προγράμματος εναλλακτικών μεθόδων επίλυσης των σχετικών διαφορών. Οι εναλλακτικές μέθοδοι επίλυσης είναι παίγνια θετικού αθροίσματος με κύριο πλεονέκτημα για αμφότερα τα μέρη ότι δεν τραυματίζουν (ή εν πάση περιπτώσει δεν τραυματίζουν ανεπανόρθωτα) τις σχέσεις των μερών και έτσι πιο εύκολα σώζεται η σύμβαση εργασίας, που άλλωστε είναι και το τελικό ζητούμενο.

Πρόστιμα κατά των παρανομούντων επιχειρήσεων βάσει κύκλου εργασιών ($\leq 10\%$), κατά το παράδειγμα του δικαίου ελεύθερου ανταγωνισμού.

Ανακριτικές εξουσίες του ΣτΠ, και ιδίως για τις διακρίσεις βάσει φύλου ειδική task force της ΓΤ Ισότητας (πρβλ. άρθρο 39 ν. 3959/2011 για την Επιτροπή Ανταγωνισμού).

Ειδικό τμήμα της Διεύθυνσης Εσωτερικών Υποθέσεων της ΕΛΑΣ κατά των διακρίσεων κατά την εκτέλεση αστυνομικού έργου.

Συνεργασία ΣτΠ, ΣΕΠΕ, ΓΤΙ με ΕπΑντ για να διαπιστώνουν ποιες αγορές είναι μονοπωλιακές ή ολιγοπωλιακές, ώστε να κατανέμουν αποτελεσματικά τους περιορισμένους πόρους τους κατά προτεραιότητα στις μη-ανταγωνιστικές αγορές.

Δημοσίευση του διατακτικού και εν περιλήψει της αιτιολογίας στο site των αρμοδίων Αρχών (ΣτΠ/ΣΕΠΕ/ΤΤΙ) και στον τύπο (πρβλ. άρθρο 22 ν. 146/1914). Η εναγομένη θα υποχρεούται να ανακοινώνει την περίληψη της απόφασης στο επόμενο δελτίο της με τις δραστηριότητες ΕΚΕ. Κατ' αυτόν τον τρόπο, η αρνητική διαφήμιση θα επηρεάζει την καταναλωτική συνείδηση τουλάχιστον των ανθρώπων που ανήκουν στην θιγόμενη κατηγορία προστατευόμενων προσώπων και έτσι η πραγματική κύρωση για την επιχείρηση θα είναι η απώλεια υφιστάμενων ή νέων πελατών. Η διακρίνουσα επιχείρηση θα υφίσταται τις διακρίσεις των καταναλωτών.

Επιβολή ενός συμβολικού «φόρου τεκμαρτών διακρίσεων» στις κεφαλαιουχικές εταιρείες άνω των 70 ατόμων που έχουν απολύτως ομογενοποιημένο εργασιακό δυναμικό (ήτοι αδικαιολόγητη απόκλιση άνω του 30% από τα δημογραφικά δεδομένα), που θα τροφοδοτεί ειδικό λογαριασμό του ΟΑΕΔ για θετικές δράσεις υπέρ των προστατευόμενων προσώπων.

Το Εργατικό Δίκαιο ως υποχρεωτικά εξεταζόμενη ύλη στις εισαγωγικές εξετάσεις της ΕΣΔΙ.

Σύσταση Εργατοδικείων. Οι εξειδικευμένοι δικαστές είναι πιο αποτελεσματικοί τόσο οικονομικά όσο και κοινωνικά, καθώς επιτρέπουν τη βέλτιστη κατανομή ανθρωπίνων πόρων, ταχύτερη και ορθότερη απονομή δικαιοσύνης. Οι Εργατοδίκες θα πρέπει να έχουν υποχρεωτικά μεταπτυχιακό τίτλο στο Εργατικό Δίκαιο ώστε να υφίσταται τεκμήριο (μαχητό) αναπτυγμένου ανθρώπινου κεφαλαίου.

Οι προαγωγές στα τμήματα Β1 και Β2 του Αρείου Πάγου θα γίνονται μόνο μεταξύ εργατοδικών προκειμένου να έχουν κίνητρο να επενδύσουν στο αντικείμενο. Κάθε 3-5 έτη θα οφείλουν να παρακολουθούν σεμινάρια με τις νέες εξελίξεις στον τομέα (ΕΣΔΙ, ΕΔΕΚΑ κ.ά.)

5. Επιλεγόμενα

Είναι πρόδηλο ότι το δίκαιο κατά των αδικαιολόγητων διακρίσεων ερείδεται στο επονομαζόμενο *jus connatum*, ήτοι τις – συνταγματικά και υπερσυνταγματικά – προστατευόμενες αρχές της ανθρώπινης αξιοπρέπειας και ισότητας. Η ΟΑΔ διαυγάζει την οικονομική αποτελεσματικότητα των κανόνων δικαίου, αλλά δεν μπορεί να αποτελέσει κανονιστικό έρεισμα αυτών. Συνεπώς παραμένει μεν ωφέλιμη σε αναλυτικό επίπεδο, αλλά είναι εξ ορισμού περιορισμένη σε αυτό, ο λόγος της δεν μπορεί ποτέ να γίνει Λόγος με την έννοια της *ratio legis*. Το δίκαιο κατά των αδικαιολόγητων διακρίσεων θεμελιώνεται σε δεοντοκρατικούς, καθολικεύσιμους (καντιανούς) γνώμονες και όχι σε συνεπειοκρατικούς

λογισμούς.³³ Περαιτέρω, για την αποτελεσματική εφαρμογή του δικαίου κατά των αδικαιολογήτων διακρίσεων είναι αναγκαία μια αποτελεσματική εφαρμογή του δικαίου κατά των περιορισμών του ελεύθερου ανταγωνισμού (εθνικού και ενωσιακού)³⁴. Η απουσία μονοπωλίου ή ολιγοπωλίου στην αγορά, στερεί από τους εργοδότες τη δυνατότητα να υιοθετήσουν ανέξοδα για τους ίδιους διακριτική στάση σε βάρος υπό πρόσληψη ή υπό προαγωγή εργαζομένων με προστατευόμενα χαρακτηριστικά. Ένας εργοδότης που λειτουργεί σε μια επαρκώς ανταγωνιστική αγορά θα πληρώσει πολύ ακριβά τις προκαταλήψεις του, σε αντίθεση με έναν εργοδότη που διαθέτει δεσπόζουσα ή μονοπωλιακή θέση στην αγορά, ο οποίος θα μετακυλίσει το κόστος των προκαταλήψεων του στους καταναλωτές. Έτσι, πέραν των αρχών της δικαιοσύνης, οι διακρίσεις είναι οικονομικά αναποτελεσματικές, προδίδουν μη ανταγωνιστικές αγορές και παράγουν εξωτερικές αρνητικότητες με σημαντικό κοινωνικό κόστος (ψυχογενείς ασθένειες, δαπάνες περίθαλψης, χαμένες εργατοώρες κ.οκ.).

Περαιτέρω, το εγχείρημα της πλήρωσης των αόριστων φιλοσοφικών εννοιών, εν προκειμένω της δικαιοσύνης, είναι δυσεπίτευκτο, ει μη ανεπίτευκτο. Έτσι προσφεύγουμε στον αρνητικό πόλο της έννοιας, εκείνον της «αδικίας», ακόμη κι έτσι όμως τα εμπόδια μόνο ευάριθμα δεν είναι. Και είναι αυτά ακριβώς τα προσκόμματα τα οποία μας απομακρύνουν από τον ερημώδη κόσμο των εννοιών και μας στρέφουν στο οικειότερο πεδίο των τύπων, αν προτιμάτε των τυπολογικών διακρίσεων. Τέτοια τυπολογική διάκριση είναι και ο όρος «διάκριση»,³⁵ καίτοι η ελληνική λέξη όταν χρησιμοποιείται ως νομικό σημαίνει στερείται τους αρνητικούς σημασιολογικούς χυμούς της λατινικής “discriminatio” (από το ρήμα “discrimino - discriminare”), που σημαίνει μεταξύ άλλων μια δύσκολη, επικίνδυνη κατάσταση, μια κρίσιμη/αποφασιστική στιγμή.³⁶ Γιατί αλλιώς κάθε τι ανθρώπινο είναι μια «διάκριση», κατ’ ουσίαν η «απόφαση», κάθε απόφαση, είναι αναγκαίως και διάκριση και αυτό που κάνουμε είναι διαρκώς, ισοβίως να διακρίνουμε και να διακρινόμαστε. Το πρόβλημα βεβαίως, είναι οι άκριτες διακρίσεις ή/και οι διακεκριμένες ακρισίες.

Το μείζον ζήτημα είναι γιατί είναι ηθικά προβληματικές οι διακρίσεις, ποιοι είναι οι λόγοι προς το παραλείπειν ή ακόμη και αν υφίστανται εύλογοι λόγοι προς το πράττειν, γιατί το ορθό (εν προκειμένω η παράλειψη των διακρίσεων από μέρους των εργοδοτών

33 Για τη διαφορετική προσέγγιση της ωφελιμιστικής (ΟΑΔ) και της καντιανής θέσης πρβλ. D. Cornell and W. Bratton, “Deadweight Costs and Intrinsic Wrongs of Nativism: Economics, Freedom, and Legal Suppression of Spanish”, *Cornell L. Rev.* 84 (1999), σ. 595.

34 Βλ. ν. 3959/2011 και άρθρα 101 επ. ΣΛΕΕ.

35 Μία από τις πρώτες αναφορές του όρου βρίσκουμε στον Σοφιστή του Πλάτωνος (§226 C), η «διακριτική» ως τέχνη της διαλογής.

36 Πρβλ. Cic. Off. 1, 43, 154: “rem publicam in discrimen committere”, Lucil. ap. Non. 282, 27: “amabat omnes, nam discrimen non facit”.

και της Διοίκησης) έχει προτεραιότητα έναντι του αγαθού (εν προκειμένω του αποκομίζομενου οφέλους που προκύπτει από το συνεπειοκρατικό/ωφελιμιστικό λογισμό: όφελος διακρίσεων-κόστος διακρίσεων = $x / -x$), αν το πρόβλημα είναι ότι η νομοθεσία κατά των διακρίσεων είναι επισπεύδουσα σε σχέση με τις κρατούσες κοινωνικές νόρμες³⁷ και τα κατεστημένα δομικά ή θεσμικά μοτίβα κοινωνικής καταπίεσης/εκμετάλλευσης,³⁸ οπότε η νομοθεσία διατηρεί μεν ακέραια τη συμβολική/παιδευτική της ισχύ, αλλά παραμένει κοινωνικά κενή, αν το πρόβλημα εν τέλει³⁹ δεν είναι οι διακρίσεις βάσει των κλασικών προστατευόμενων χαρακτηριστικών (ήτοι φύλου, φυλής, ηλικίας, γενετήσιου προσανατολισμού, πολιτικών και θρησκευτικών πεποιθήσεων κ.λπ.), αλλά ότι η κοινωνία μας έχει θεσμιστεί κατά τρόπο ώστε να ανταμείβει δυσανάλογα υψηλά το ταλέντο ή/και την ευφυΐα και ότι αυτή τελικά είναι η κατεξοχήν προβληματική διάκριση (και οι νομιμοφανείς συνέπειές της στην τερατωδώς άνιση και υβριστική κατανομή του πλούτου) που πρέπει να δαμάσουμε.⁴⁰ Περαιτέρω πρέπει να μας προβληματίσει η φύση του σύγχρονου εθνικού κράτους· μήπως κάθε εθνικό κράτος είναι εξ ορισμού και ρατσιστικό κράτος,⁴¹ μήπως παρατηρούμε το παράδοξο ότι κάθε εθνικό κράτος, που οφείλει την ύπαρξή του, αλλά και την ηθική πρόσδεση των πολιτών του στην ομοιογένεια (και μιλώντας για τα κράτη της Δυτικής Ευρώπης τον πλούτο του από αιώνες αποικιοκρατικής εκμετάλλευσης) ξαφνικά στο πλαίσιο μιας κοσμοπολίτικης φιλελεύθερης αντίληψης σπεύδει να επιβάλλει κυρώσεις σε όσους προβαίνουν σε ομοιογενείς επιλογές σε βάρος των συγκριτικά ετερογενών στοιχείων; Εξάλλου, δεν είναι ιδιαιτέρως δύσκολο σε μια καθημαγμένη αγορά εργασίας να στραφούν οι εργαζόμενοι-θύματα σε βάρος του εργοδότη; Η ύφεση δεν συνεπάγεται de

37 Προκαταρκτικά επισημαίνεται ότι κάθε λαός έχει τις διακρίσεις που του πρέπει. Στη χώρα μας οι διακρίσεις λόγω της εξαιρετικά ομοιογενούς και κλειστής πατριαρχικής κοινωνικής δομής, όπου η «προστασία της οικογενειακής τιμής» είναι βασική νόρμα κοινωνικής συμπεριφοράς με ό,τι αυτό συνεπάγεται για τους αναπήρους (ιδίως τους ψυχοπνευματικά πάσχοντες), τους ομοφυλόφιλους κ.ο.κ., εντοπίζονταν στο πεδίο του φύλου με χαρακτηριστικότερα παραδείγματα τις χαμηλότερες αποδοχές των γυναικών για ίσης αξίας εργασίας και τα χαμηλά ποσοστά των γυναικών στις διευθυντικές θέσεις των επιχειρήσεων τόσο του ιδιωτικού όσο και του δημοσίου τομέα, αλλά ακόμη περισσότερο στο πεδίο των ιδεολογικών και κομματικών πεποιθήσεων (βλ. νομοθετικά επικυρωμένες αντι-κομμουνιστικές διακρίσεις κατά τα έτη 1925-1975, όπως ενδεικτικώς το διαβόητο «ιδιώνυμο» που θεσπίστηκε με τον ν. 4229/1929 «Περί τών μέτρων ασφαλείας τοῦ κοινωνικοῦ καθεστώτος καὶ προστασίας τῶν ἐλευθεριῶν τῶν πολιτῶν»).

38 Διάκριση *lato sensu* στην εποχή της «οικονομίας του διαμοιρασμού» ενδέχεται να συνιστά και η μη ταξινόμηση των απασχολούμενων στις σχετικές οικονομικές δραστηριότητες ως εξαρτημένων μισθωτών και άρα η αδυναμία προστασίας τους στο πλαίσιο της εργατικής νομοθεσίας.

39 Th. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, 1979, σ. 106 επ.

40 Ενδεικτικώς σημειώνεται ότι ενώ οι αποδοχές των CEOs στις ΗΠΑ αυξήθηκαν κατά 1.000% από το 1970, οι αποδοχές των μισθωτών αυξήθηκαν μόλις κατά 11%. Περαιτέρω, η – συμπτωματικώς Αφροαμερικανή – CEO της Xerox λαμβάνει ετησίως 19.000.000 \$, σχεδόν 400 φορές τις μέσες αποδοχές ενός μισθωτού στην ίδια επιχείρηση και 800 φορές τις αποδοχές του προσωπικού καθαριότητας.

41 Βλ. David Theo Goldberg, *The Racial State*, Blackwell, 2002.

facto μια αναστολή (chilling effect) εκ μέρους των δυνητικών εναγόντων να προσφύγουν δικαστικώς; Τέλος, εμπειρικές μελέτες υποδεικνύουν ότι οι ανθρώπινες δεξιότητες και ο μηχανισμός κινήτρων σχηματίζονται πολύ νωρίς και έχουν καθοριστική επίδραση στην έκβαση ολόκληρου του βίου ενός ανθρώπου.⁴² Μήπως λοιπόν όσο αναγκαία κι αν είναι, παραμένει de facto καθυστερημένη η παρέμβαση κατά των αδικαιολογήτων διακρίσεων στο συμπτωματικό επίπεδο των εργασιακών σχέσεων;

⁴² Heckman, ό.π. (υποσ. 8), σ. 106.

Τρίτο Μέρος

Οι διακρίσεις στην πράξη

Intercultural dialogue (ICD) as a tool against racism

Despoina Anagnostopoulou

1. Introduction: Defining the problem...

Racism¹ has been known since the ancient and colonial times. The old doctrine on “racial superiority”² has resurfaced in Germany with the Nazist ideology³ and led to World War II and the Holocaust. This is the reason why in 1965 the United Nations (UN) solemnly condemned “any doctrine of superiority based on racial differentiation” because it “is scientifically false, morally condemnable, socially unjust and dangerous”

1 According to Merriam-Webster dictionary “racism is the belief that certain races of people are by birth and nature superior to others”, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/racism> (last visit April 10, 2017). According to Encyclopedia Britannica, “racism, also called racialism, is any action, practice, or belief that reflects the racial worldview - the ideology that humans may be divided into *separate and exclusive biological entities* called ‘races’; that there is a causal link between inherited physical traits and traits of personality, intellect, morality, and other cultural and behavioral features; and that some races are innately superior to others. Since the late 20th century the notion of biological race has been recognized as a cultural invention, entirely without scientific basis”, <https://www.britannica.com/topic/racism> (last visit April 10, 2017).

2 A. de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, [Essay on the Inequality of Human Races], Paris, Librairie de Firmin Didot Freres, 1853-55.

3 H. S. Chamberlain, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts* [The Foundations of the Nineteenth Century], Munich, Bruckmann, 1899; L. Stoddard, *The Rising Tide of Color: Against White World Supremacy*, 1921; L. Stoddard, *Revolt Against Civilization: The Menace of the Under-man*, 1925; and especially A. Rosenberg, *Der Mythos des 20. Jahrhunderts* [The Myth of the 20th Century], Munich 1930.

and declared that “there is no justification for racial discrimination, in theory, or in practice, anywhere”.⁴

What is racism? The UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice in 1978 described racism as including “*racist ideologies, prejudiced attitudes, discriminatory behavior, structural arrangements and institutionalized practices resulting in racial inequality as well as the fallacious notion that discriminatory relations between groups are morally and scientifically justifiable*”.⁵

The UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD), signed in 1965, refers to “*racial discrimination*” and describes it as “*any distinction, exclusion, restriction or preference*” which is “*based on race, color, descent, or national or ethnic origin*”. The concept is broad and the only evidence required is that the effect of any behavior is “*nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms*”. In addition, the scope of application is even broader since it extends to any behavior “*in the political, economic, social, cultural or any other field of public life*”.

What is xenophobia? According to Professor Dimitrios Evrigenis, xenophobia is inherent in the “*spontaneous fear in the face of the stranger, as an unknown ... it is the spontaneous and uncontrollable defensive reflection of the entire society or individuals*”.⁶ Cultural diversity often triggers fear and rejection.

Today, there is an excellent legal armory to eradicate racism and xenophobia:

A) At the international level, the UN Covenants (1966), CERD (1965) and other UN Conventions (e.g. CEDAW) prohibit discrimination on various grounds, so that the principle of non-discrimination is currently considered as *jus cogens* for all states.⁷

4 See Preamble of the UN Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (CERD) adopted in 1965. The UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice of 1978 (Article 1) includes the statement that “*all human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are born equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity*” and concludes that “*racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity*”.

5 Art. 2 par. 2 of the UNESCO Declaration on Race and Racial Prejudice of 1978.

6 European Parliament, *Examining Committee on the rise of fascism and racism in Europe, Report on the results of the work (Evrigenis Report)*, December 1985, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 1986.

7 Various formulations are promoted by a plethora of international and European legal instruments such as the UN Charter -Art. 1(3), 13(1)(b), 55(c) and 76-, the Universal Declaration of Human Rights (Art. 2 and 7), the UN International Covenant on Civil and Political Rights (1966 – art. 2 and 26), the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966), the UN International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1966), the UN Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1989), UN Convention on

UNESCO has also adopted rules against non-discrimination e.g. in education.⁸

B) Within the regional framework of the Council of Europe, the application of the 1950 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) has proven quite efficient against racism. Thanks to its provisions on freedom of religion, freedom of expression, freedom of assembly and non-discrimination as well as Protocol No 12 (not yet ratified by Greece),⁹ the European Court of Human Rights has developed a consolidated body of case law implementing the prohibition of racism. In addition, the Council of Europe has adopted several Conventions, Recommendations and Resolutions against discrimination, especially on minorities.¹⁰ The European Social Charter (adopted in 1961 and revised in 1996) provides that social rights are applied to all without discrimination. The European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), established in 2002, monitors member states' activities against racism and elaborates General Policy Recommendations.¹¹

the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW – 1979), the UN Convention on the Rights of the Child (1989, art. 2 and 30), adopted by consensus in 1992, the UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities (1992, art. 1), the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP - 2007), International Labour Organisation, Convention no. 111 etc. See D. Anagnostopoulou, “European Citizens’ Right to Non-Discrimination, its added value and the role of national parliaments in drafting non-discrimination policies and reviewing their implementation”, in Hellenic Parliament and Serbian General Assembly (eds.), *Parliaments in a Changing Europe*, Proceedings of International Conference in Belgrade, 10-11 September 2013, p. 96.

8 UNESCO Convention against Discrimination in Education (14 December 1960), http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

9 Articles 9-11 and 14 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as well as its Protocol No. 12 (2000) which contains a general prohibition of discrimination before the national law.

10 The Council of Europe has adopted e.g. a) the European Charter for Regional or Minority Languages (1992), b) the Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level (1992), c) the Framework Convention for the Protection of National Minorities (1995), d) the European Charter on the Participation of Young People in Local and Regional Life (2003, revised) and e) The Stuttgart Declaration on the integration of ‘foreigners’ (2003) adopted by the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe. The Council of Europe/UNESCO Convention on the Recognition of Qualifications concerning Higher Education in the European Region (1997) was also very important because it prohibited taking into account external factors during the procedure of recognizing qualifications such as convictions, beliefs and status of the applicant. The European Commission for Democracy through Law (“Venice Commission”) supports the rights of minorities. The “North-South Centre” has developed into an important place of dialogue between cultures and a bridge between Europe and its neighbouring regions.

11 Council of Europe, White Paper of 7 May 2008 on Intercultural Dialogue entitled “Living Together As Equals in Dignity”, pp. 11-15, according to which ECRI is in regular contact with the Secretariat of the UN Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), the Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) of the OSCE and the Fundamental Rights Agency (FRA) of the

C) At the European Union level, the EU Treaties (1958 until 2009), the EU Charter of Fundamental Rights (2000-2009), and the EU Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC have prohibited discrimination on various grounds and in diverse sectors. The EU Framework Decision 2008/953/EC has also prohibited certain manifestations of hate speech.¹²

D) In Greece, racism and other discrimination forms are prohibited by Law 4443/2016 while hate speech and hate crime are prohibited by Law 4416/2016 and the national Penal Code. In addition, the Greek Ombudsman, as an independent institution, is authorized to investigate individual administrative actions, omissions or acts taken by government departments or public services that infringe upon personal rights or violate the legal interests of individuals or legal entities.

What is the reason racism is increasing in Europe? Can state prohibitions against discrimination or positive measures in favor of a group that is disadvantaged adequately address this problem?

What conditions perpetuate stereotypes, prejudice and xenophobia, which can threaten peace and the very essence of local and national communities.¹³

The answer is given by the Council of Europe, the European Union, UN and UNESCO in the form of “*Intercultural Dialogue*”, which may eliminate the stereotypical perception of the “other”, dissolve the climate of mutual suspicion, tension and anxiety and put an end on the use of minorities as scapegoats. As the Council of Europe declared, “only dialogue allows people to live in unity in diversity”.¹⁴

European Union.

12 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ 19.07.2000, L 180/22. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 02.12.2000 L 303/16. Council Framework Decision 2008/913/JHA on combating certain forms and expressions of racism and xenophobia by means of criminal law, OJ 06.12.2008, L 328/55.

13 Council of Europe, *The concept of intercultural dialogue*, par. 2, http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/concept_EN.asp#P30_3374, (accessed 2 February 2017).

14 White Paper, op. cit. (n. 11), p. 16. http://www.coe.int/T/dg4/intercultural/Source/White%20Paper_final_revised_EN.pdf, (accessed 2 February 2017).

2. The recognition of the importance of culture and civilization by the United Nations, UNESCO, the Council of Europe and the European Union

The importance of culture was first recognized by the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the United Nations in 1948, which referred to the freedom of participation in the cultural life of the community.¹⁵ In 1966, the States Parties to the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights expressly recognized the right of everyone to take part in cultural life.¹⁶

In 1996 the doctrine on the “clash of civilizations”¹⁷ made imperative the international understanding and dialogue of civilizations in order to promote peace and security. In response to the security threat of such eventual clash, the UN General Assembly proclaimed the year 2001 as the “Year of Dialogue among Civilizations” in order to “enhance understanding through constructive dialogue among civilizations”.¹⁸ In 2000, the UN Millennium Declaration included a paragraph on tolerance as mutual respect of human beings “in all their diversity of belief, culture and language” and promoted “a culture of peace and *dialogue among all civilizations*”.¹⁹ In 2010 the UN emphasized that culture is instrumental in achieving sustainable development and eradicating poverty in the world.²⁰ In reviewing the UN Millennium Development Goals and following the UN Sustainable Development Summit 2015, the UN decided for more explicit integration of culture in the UN post-2015 agenda for sustainable development.²¹

Culture and cultural heritage were also protected by UNESCO, which is the educational, scientific and cultural organization of the UN. In its Universal Declaration on Cultural Diversity (2001), UNESCO has recognized culture²² as being “*at the heart of*

15 Art. 27 par.1: “Everyone has the right freely to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in scientific advancement and its benefits”.

16 Art. 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

17 S. P. Huntington, *The Clash of civilizations and the Remaking of World Order*, 1998 Simon and Schuster, p. 312 (Civilisational War and Order).

18 Resolution A/RES/53/22, 16 November 1998.

19 United Nations Resolution “Millenium Declaration”, adopted by the General Assembly of 8 September 2000 (A/55/L.2).

20 See also the United Nations Resolution of 20 December 2010 on “Culture and Development”,

21 European Parliament, *Resolution on the role of intercultural dialogue, cultural diversity and education in promoting EU fundamental values*, 19 January 2016 (2015/2139(INI)), para. H.

22 According to the 2001 UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity, “culture should be regarded as the set of distinctive spiritual, material, intellectual and emotional features of society

contemporary debates about identity, social cohesion, and the development of a knowledge-based economy". It confirmed that "respect for the diversity of cultures, tolerance, dialogue and cooperation, in a climate of mutual trust and understanding are among the best guarantees of international peace and security". The Universal Declaration on Cultural Diversity (2001) affirmed that globalization, facilitated by communication technologies, "creates the conditions for a renewed dialogue among cultures and civilizations".

In accordance with its specific mandate to contribute to peace and security by promoting collaboration among the nations through education, science and culture²³, UNESCO adopted the Convention on the Protection and Promotion of Diversity of Cultural Expressions (2005). UNESCO re-emphasized the importance of culture for social cohesion.²⁴ It also solemnly recognized that cultural diversity forms a common heritage of humanity for the benefit of all.²⁵ Among the objectives of this Convention were the encouragement of dialogue among cultures with a view to ensuring wider and balanced cultural exchanges in the world in favour of intercultural respect and a culture of peace; and fostering interculturality in order to develop cultural interaction in the spirit of building bridges among peoples. "Interculturality" was a term that referred to the existence and equitable interaction of diverse cultures and the possibility of generating shared cultural expressions through dialogue and mutual respect.²⁶

The Council of Europe has also adopted various conventions, declarations and recommendations for safeguarding cultural rights such as the European Cultural Convention (1954) which affirmed the need for intercultural learning; the Declaration on Cultural Diversity (2000); and the Recommendation on the media and promotion of a culture of

or a social group, and that it encompasses, in addition to art and literature, lifestyles, ways of living together, value systems, traditions and beliefs".

23 UNESCO's mission is to "contribute to peace and security by promoting collaboration among the nations through education, science and culture in order to further universal respect for justice, for the rule of law and for the human rights and fundamental freedoms ... which are affirmed for the peoples of the world, without distinction of race, sex, language or religion, by the Charter of the United Nations". See Article 1 of the UNESCO Charter.

24 C. De Beukelaer and M. Pyykkonen, "Introduction: UNESCO's Diversity Convention: Ten years on", in B.P. Singh and J.P. Singh (eds.), *Globalisation, culture and development of the UNESCO Convention on Cultural Diversity*, London, Palgrave Macmillan UK, 2015, pp. 1-9.

25 Idem.

26 Preamble of the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 2005.

tolerance.²⁷ Its most important work is the White Paper on Intercultural Dialogue (2008).²⁸

The European Union was granted competence on culture and civilization by the Treaty of Maastricht (1993). In this framework, the EU should contribute to the development of member states' culture, respect for cultural diversity and promote cultural heritage.²⁹ In addition the EU shall take cultural aspects into account in its action under other provisions of the Treaties.³⁰ As early as 2000 at the launch of the "Culture Programme", the European Commission emphasized that "*culture has an important intrinsic value to all people in Europe, is an essential element of European integration and contributes to the affirmation and vitality of the European model of society*". In 2009, the Treaty of Lisbon proclaimed the values of the European Union among which equality, protection of fundamental rights and the rights of minorities, as well as "societal values" of pluralism, tolerance, non-discrimination, social inclusion and solidarity,³¹ including cultural diversity.³² These EU values are very important for holding the European societies together.

3. The Road to the "White Paper on Intercultural Dialogue"

The road to the formal recognition of the role of intercultural dialogue by the Council of Europe began in 2002, when the Directorate General on Education, Culture and Heritage, Youth and Sport of the Council of Europe adopted the Project Action Plan 2002-2004 on Intercultural Dialogue and Conflict Prevention.

In this framework, on November 12, 2003 the Ministers of Culture of the Council of Europe issued the Opatija Declaration on "the new role and new responsibilities of Ministers of Culture in initiating intercultural dialogue", with due regard for cultural

27 Recommendation R(97)21 on the Media and promotion of a culture of tolerance, which offers examples of practices promoting a culture of tolerance. See S. Valenti, "The mainstreaming of intercultural dialogue in the Council of Europe, OSCE and UNESCO", in L. Bekemans et al. (eds.), *Intercultural Dialogue and Citizenship*, p. 531, available at http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/IDC_2007_D529.pdf.

28 See below, chapter 3.

29 Art. 167 par. 1 TFEU. For further analysis, see D. Papagiannis, *The civilization in the European Union: The Acquis Communautaire and the New Provisions*, Athens – Komotini, Ant. Sakkoulas, 1995 (in Greek).

30 Article 167 (4) TFEU.

31 E. Sachpekidou, *European Law*, 2nd ed., Athens-Thessaloniki, Sakkoulas Publishers, 2013, p. 107 (in Greek).

32 See N. Gaitenidis, *The protection of cultural diversity in Europe: equality policies, European values and the right to cultural identity*, PhD Dissertation, Thessaloniki, 2015 (in Greek).

diversity.³³ A new European co-operation framework was delineated to engender conditions: a) enabling the promotion and construction of a society based on intercultural dialogue and respect for cultural diversity; and b) fostering the prevention of violent conflicts, conflict management and control and post-conflict reconciliation.

The Opatija Declaration signified a theoretical change in paradigm, from assimilation of minorities by the dominant culture or multiculturalism, to interculturalism and intercultural dialogue. Though multiculturalism has been an important step for the recognition of minority cultural rights, instead of minority assimilation,³⁴ it led to the “separation of the minority from the majority, the preservation of separate cultures, mutual incomprehension”³⁵. It stigmatized cultures in a static position, assuming cultural group stereotypes.³⁶ In fact, multiculturalism consolidates a static and unchanging range of linguistic, religious and socioeconomic differences between cultural groups, which remain homogeneous and differentiated from the social mainstream.³⁷ In contrast, interculturalism offers a new way of management of multicultural diversity based on shared values and respect for common heritage, cultural diversity and human dignity.³⁸ It claims to fill what multiculturalism has underestimated: “contact and dialogue, and interpersonal relations between people from different backgrounds”, “a common public culture” based on the “diversity advantage approach” and promotion of “community cohesion”.³⁹ Interculturalism is a bottom up process beginning at the city level.⁴⁰ It

33 See <https://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2003-Culture/declaration.asp>.

34 In support of multiculturalism, see the work of W. Kymlicka, *Multiculturalism: A Liberal View of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1995. See also F. Mansouri, “The multicultural experiment: Premises, promises and problems” in F. Mansouri (ed.), *Cultural, Religious and political contestations: The multicultural Challenge*, London, Springer, 2015, p. 3.

35 According to the White Paper, op.cit. (n. 11), p. 19, “multiculturalism is now seen by many as having fostered communal segregation and mutual incomprehension, as well as having contributed to the undermining of the rights of individuals – and, in particular, women – within minority communities, perceived as if these were single collective actors”.

36 White paper, op.cit. (n. 11), p. 19.

37 F. Mansouri and R. Arber, “Conceptualising intercultural understanding within international contexts: challenges and possibilities for education”, in F. Mansouri (ed.), *Interculturalism at the Crossroads: Comparative Perspectives on concepts, policies and practices*, Paris, UNESCO Publishing, 2017, p. 30.

38 M. Byram et al., *The Autobiography of Intercultural Encounters: Context, Concept and Theories*, Strasbourg, Council of Europe, 2009, as mentioned by F. Mansouri and R. Arber, op. cit., p. 26.

39 R. Zapata Barrero, “The Intercultural Turn in Europe: Process of Policy paradigm change and formation”, in F. Mansouri (ed.), *Interculturalism at the Crossroads: Comparative Perspectives on concepts, policies and practices*, UNESCO Publishing, Paris 2017, p. 172-173 and 175-177.

40 Idem, p. 177.

focuses on the individuals, instead of the multiculturalism's group-based perspective of culture.⁴¹

The Opatija Declaration was followed by the "Athens Declaration for intercultural education in the New European Context" issued by the European Ministers of Education, on November 22, 2003.

The year 2005 was a landmark year for the promotion of intercultural dialogue. The Third Summit of the Heads of State and Government of the Council of Europe identified intercultural dialogue (including its religious dimension) as a means of promoting awareness, understanding, reconciliation and tolerance, as well as preventing conflicts and ensuring integration and the cohesion of society.⁴²

During the same year, the European Ministers of Culture adopted the "Faro Declaration on the Council of Europe's Strategy for Developing Intercultural Dialogue". Europe's Strategy was primarily based on preparing the White Paper on Intercultural Dialogue in consultation with authorities and civil society. The White Paper was indeed published three years later, in 2008. It was addressed to policy-makers and administrators, educators and the media, and civil society organizations, including migrant and religious communities, youth organizations and social partners. Its aim was to provide guidance on analytical and methodological tools and standards and share best practices particularly in the areas of intercultural dialogue, the democratic management of social diversity and the promotion of social cohesion.

The White Paper identified the means to promote an intensified intercultural dialogue, which would have both internal and external dimensions: a dialogue within and between societies in Europe; and a dialogue between Europe and its neighbors. The implementation of the "Faro Strategy" increased cooperation with external partners, including not only other international organizations such as EU, UN, OSCE, but also regional bodies, such as the Arab League and the Anna Lindh Euro-Mediterranean Foundation.⁴³

41 Idem.

42 See White Paper, op.cit. (n. 11), p. 15.

43 S. Valenti, op.cit. (n. 27), p. 540. The Anna Lindh Foundation and its network of over 4,000 civil society organisations throughout the 42 countries of the Union for the Mediterranean benefits from EU policy support and tools for the promotion of cultural exchange.

4. The concept, nature, scope and prerequisites of Intercultural Dialogue (ICD)

4.1. What is intercultural dialogue (ICD)?

Intercultural dialogue is *not a legal concept* and is not regulated by international, EU or national law. Indeed, intercultural dialogue cannot be prescribed by law.⁴⁴

It is a *process* that comprises an *open and respectful exchange of views*⁴⁵ or *interaction* between individuals, groups and organizations with *different cultural backgrounds* or *world views*” in a shared space.⁴⁶

Intercultural dialogue is more than non-discrimination or tolerance: It moves *beyond a mere “tolerance of the other”*.⁴⁷ Pluralism, tolerance and broadmindedness are not sufficient: It emerges as a “paradigm for diversity management”.⁴⁸ Intercultural dialogue is therefore “a shared responsibility of the society as a whole, including a broad range of stakeholders such as families, media, educators, businesses, community and faith leaders; political actors etc.”⁴⁹ Its ultimate aim is to lead to “*cultural democracy*”.⁵⁰

The term “intercultural” describes “*the interaction or influence of members of two or more different cultural groups, whether in person or through various mediated forms, between states or individuals, whether there are international political or economic interactions between nationals of different countries or interactions between neighbours, work colleagues or*

44 White Paper, op.cit. (n. 11), p. 5.

45 The White Paper, op.cit. (n. 11), p. 17, explicated that “open and respectful” means “based on the *equal value* of the partners” while “exchange of views” stands for every type of interaction that reveals characteristics of cultural nature.

46 White Paper, op.cit. (n. 11).

47 ERICarts, *What is Intercultural Dialogue*, <http://www.interculturaldialogue.eu/web/intercultural-dialogue.php>. Mass media and sports are very important for intercultural dialogue. UEFA has issued a plan against racism in order to promote fair play. An intercultural place of work is also essential especially for attracting talent from immigrants or minority groups and promoting innovation. Hiring members of minority groups in public services e.g. for health, youth and education as well as town twinning are important for ICD.

48 F. Mansouri, “Introduction: The conceptual conundrum around intercultural dialogue”, pp. 20-21 in F. Mansouri (ed.), *Interculturalism at the Crossroads: Comparative Perspectives on concepts, policies and practices*, UNESCO Publishing, Paris 2017. See White Paper, op.cit. (n. 11), p. 13.

49 Idem, p. 37.

50 Opatija Declaration of the Ministers of Culture of the Council of Europe, <https://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2003-Culture/declaration.asp>.

even sports teams".⁵¹

The term "dialogue" refers to a learning transformative conversation.⁵² It "assumes that participants agree to listen to and understand multiple perspectives, including even those held by groups or individuals with whom they disagree, where differences are treated as resources rather than barriers in order to expand the list of possible solutions to common problems".⁵³

Intercultural dialogue may extend to every possible component of culture, without exception, whether these are cultural in the strict sense or *political, economic, social, philosophical, or religious*, including inter-faith and inter-religious dialogue.⁵⁴

ICD encompasses "*all forms of cultural diversity, manifesting themselves in multiple identities whether individual or collective, in transformations and in new forms of cultural expression*".⁵⁵

In 2009, in a document entitled "Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue", UNESCO moved beyond the concept of "dialogue among civilizations" to espouse the ability of civilizations to evolve through "cultural interdependency and interaction", cultural borrowings and exchanges, since cultures are "not self-enclosed or static entities" but intermingled.⁵⁶

4.2. Prerequisites for intercultural dialogue (ICD)

Intercultural dialogue may be successful only if certain conditions are met:

1) The condition *sine qua non* is that there is respect for fundamental rights and democratic governance of cultural diversity.⁵⁷ In the EU, fundamental rights and ICD are intrinsically linked. On the one hand, ICD has no basis when there is no respect to diversity and different identities.⁵⁸ On the other hand, ICD promotes the shared values of freedom, social justice, equality and non-discrimination, democracy, human rights,

51 UNESCO, *Intercultural Competences, Conceptual and Operational Framework*, 2013, p. 11-12.

52 Idem., p.14 referring to Spano, 2001, p. 269 and Pearce and Littlejohn's, 1997, p. 215.

53 White Paper, op.cit. (n. 11), pp. 14-15.

54 Appendix of Conference of the European Ministers of Culture, 20-22 October 2003, Opatija, Croatia, *Declaration on Intercultural dialogue and conflict prevention*, <https://www.coe.int/T/E/Com/Files/Ministerial-Conferences/2003-Culture/declaration.asp>.

55 Idem.

56 UNESCO, *Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*, 2009, p. 15.

57 White Paper, op.cit. (n. 11), p. 4.

58 M. Kjærsum, op.cit., p. 5.

the rule of law, tolerance and solidarity.⁵⁹

2) The place where ICD occurs must be a “shared space”, open to all. This shared space can be located inside or outside of physical spaces.⁶⁰ Shared physical spaces are the cities, the streets, markets and shops, houses, kindergartens, schools and universities, cultural and social centres, youth clubs, churches, synagogues and mosques, company meeting rooms and workplaces, museums, libraries and other leisure facilities. An open-minded town planning is therefore essential for ICD.⁶¹ Shared virtual spaces can be the media or social media or cyber-environments like blogs. Culture and cultural heritage play an important part in building the city as a shared common public space, and in fostering a sense of a shared past and an aspiration to a common future.⁶² For this purpose the program “Intercultural cities” was created as a joint initiative of the Council of Europe and the European Union. Learning mobility for students and teachers and any other form of international exchange can lead to a better world, in which people move freely and enjoy open intercultural dialogue.⁶³

3) Characteristics of the participants which must be present from the very beginning, or achieved during the ICD process are: a) mutual respect of *equal dignity* of all participants; b) voluntary engagement in dialogue; not *monologue*; c) mutual *openness, curiosity and commitment, and the absence of a desire to “win” the dialogue*.⁶⁴ A successful intercultural dialogue requires willingness to allow the ‘other’ to express their point, a capacity to resolve conflicts by peaceful means and willingness to demonstrate recognition of the well-founded arguments of others.⁶⁵

4) A meaningful intercultural dialogue requires a minimum degree of knowledge of

59 European Parliament, *Resolution on intercultural dialogue...*, op. cit. (n. 21), para. J.

60 ERICarts, What is Intercultural Dialogue, <http://www.interculturaldialogue.eu/web/intercultural-dialogue.php>. Mass media and sports are very important for intercultural dialogue. UEFA has issued a plan against racism in order to promote fair play. An intercultural place of work is also essential especially for attracting talent from immigrants or minority groups and promoting innovation. Hiring members of minority groups in public services e.g. for health, youth and education as well as town twinning are important for ICD.

61 White Paper, p. 19.

62 Council of Europe, European Committee for Social Cohesion, human dignity and equality, Opinion on Draft Recommendation CM/Rec(2014) of the Committee of Ministers to member States *on intercultural integration* Strasbourg, 24 June 2014, CDDECS(2014)3 final, para. 9, <https://rm.coe.int/16802f0c78>. Council of Europe, Recommendation 261 (2009) on intercultural cities. Council of Europe, “The intercultural city step by step: Practical guide for applying the urban model of intercultural integration”.

63 European Parliament, *Resolution on intercultural dialogue...*, op. cit. (n. 21), para. K.

64 Council of Europe, https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/concept_EN.asp#P30_3374.

65 White Paper, op.cit. (n. 11), p. 17.

one's own and the "other" culture⁶⁶ and a mutual readiness of the participants to look at cultural similarities and differences of their different cultures. The participants must have the ability to find a *common language for understanding and respecting cultural differences*.⁶⁷ This means that both participants must strive to find the ways in which cultures relate to one another, to raise awareness of cultural similarities and shared goals, and to identify challenges to be met in reconciling cultural differences.⁶⁸

5) Intercultural competences should be taught and learnt.⁶⁹ Intercultural dialogue is largely dependent on intercultural competences to perform effectively and appropriately especially "when interacting with others who are linguistically and culturally different from oneself".⁷⁰ Intercultural competences are defined as "*the complex of abilities needed to interact appropriately with those who are different from oneself. These abilities are essentially communicative in nature, but they also involve reconfiguring one's own perspectives and understandings of the world; for it is not so much cultures as people – individuals and groups, with their complexities and multiple allegiances – who are engaged in the process of dialogue*".⁷¹ Therefore, intercultural dialogue requires training on intercultural competences for public authorities, education professionals, civil-society organizations, religious communities and the media,⁷² e.g. on communication in foreign languages, social and civic competences, and cultural awareness and expression.⁷³ UNESCO emphasizes the need for training in intercultural competences, which form "cultural" or "intercultural"⁷⁴ literacy on equal basis with reading and writing skills or numeracy or media literacy

66 European Parliament, op. cit. (n. 21), para. G.

67 Council of Europe, op.cit., https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/concept_EN.asp#P30_3374.

68 UNESCO, *Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*, 2009, p. 15.

69 White Paper, op.cit. (n. 11), p. 4.

70 UNESCO, *Intercultural Competences, Conceptual and Operational Framework*, 2013, p. 5 which refers to Fantini and Tirmizi, 2006.

71 Idem.

72 White Paper, op. cit. (n. 11), para. 4.3. See also on the role of educators, p. 43, in fostering intercultural dialogue and in preparing students for dialogue. "*Teacher-training curricula need to teach educational strategies and working methods to prepare teachers to manage the new situations arising from diversity, discrimination, racism, xenophobia, and marginalization and to resolve conflicts peacefully, taking account of individual unspoken assumptions, school atmosphere and informal aspects of education*".

73 European Agenda for Culture, Work Plan for Culture 2011-2014, Report: *The role of public arts and cultural institutions in the promotion of cultural diversity and intercultural dialogue: Anthology of Intercultural Dialogue practices*, p. 20 ff.

74 See UNESCO, *Intercultural Competences*, op. cit. (n. 70), p. 17 which refers to Dragicevic, Sesic and Dragojevic, 2011.

which aim at freeing people from their own logic and cultural idioms in order to interact with “cultural others” engage with others and listen to their ideas in order to achieve “unity beyond diversity” instead of ghettoization and the “clash of ignorances”.⁷⁵

6) Intercultural dialogue should also take place at the international level.⁷⁶ Thus, ICD should also have an external dimension, engaging in dialogue with the countries of origin of immigrants.

5. The European Union policy on Intercultural Dialogue and the Road to the Year of Intercultural Dialogue

The European Community was not attributed powers on culture and civilization but with the Treaty of Maastricht (1993). However, the European Community had financed programmes promoting culture, such as the “European Capitals of Culture” (1987), Ca-leidoscope etc.

In 2000, the EU Culture 2000 Programme aimed to encourage “exchanges and dialogue on selected topics of European interest” and specifically “the promotion of cultural dialogue and of mutual knowledge of the culture and history of the European peoples”.⁷⁷

In 2003, the Thessaloniki European Council established the Common framework of 11 Common Basic Principles on the integration of third country nationals⁷⁸ for the development, mainstreaming and coordination of Member States’ individual integration policies.⁷⁹ For its implementation, the European Commission⁸⁰ requested the member states to strengthen the ability of the host society to adjust to diversity; enhance the role of private bodies in managing diversity and promote trust and “frequent interaction between immigrants and EU citizens” as “a fundamental mechanism for integration”; and

⁷⁵ Op.cit. p. 4-6 and 8 referring to UNESCO *World Report investing in cultural diversity and Intercultural Dialogue*, UNESCO 2009.

⁷⁶ White Paper, op.cit. (n. 11), pp. 4 and 11.

⁷⁷ European Commission, Decision 508/2000/EC of the European Parliament and of the Council of 14 February 2000 establishing the Culture 2000 programme, OJ 10.3.2000, L 63/1, Preamble para. 9 and art. 1 para. A.

⁷⁸ Integration is “a dynamic, two-way process of mutual accommodation by all immigrants and residents of EU countries”. Integration implies respect for the basic values of the EU. See first and second principles.

⁷⁹ European Commission, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-05-290_en.htm.

⁸⁰ European Commission, COM (2003) 336 final of 3 June 2003.

safeguard “the practice of diverse cultures and religions”. In this context, the European Commission proposed that member states should develop a constructive intercultural dialogue and public discourse and promote inter- and intra-faith dialogue platforms. At the European level, the European Commission proposed facilitating intercultural and inter-religious dialogue and further developing dialogue with religious and humanist organizations.⁸¹

In 2006, the European Union designated the year 2008 as the “European Year of ICD”.⁸² This decision was in coherence with the policies and actions of the UN, Council of Europe and OSCE, and provided a counterweight to the “clash of civilizations” narrative.⁸³ There were multiple reasons underlying this nomination: the increasing cultural diversity of Europe, as a result of EU enlargement and labor mobility in the Single Market, and old and new migration flows.⁸⁴ The aims of the European Year of ICD nomination were to turn the European mosaic⁸⁵ to a pluralist, solidarity-based and dynamic society;⁸⁶ to integrate ICD as *a horizontal and trans-sectoral priority into EU policies, actions and programmes*; and to identify and share best practices for its promotion.⁸⁷

During the European Year, ICD achieved high visibility and was incorporated in key operational programmes.⁸⁸ The aim was to highlight the value of ICD as “cross-cutting theme that links together, or can play a key role in a range of existing policy areas”, and achieve complementarity with other policies, e.g. youth, education, lifelong learning, culture, citizenship, sport, gender equality, employment and social affairs, combating discrimination, racism, social exclusion and xenophobia, asylum and integration of immigrants, human rights, sustainable development, and audiovisual policy and research.⁸⁹

By the end of 2008, the Council issued its Conclusions of 20 November 2008 on the promotion of cultural diversity and intercultural dialogue in the external relations of the

81 Idem, see 7th, 8th and 9th principles.

82 Decision 1983/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 18 December 2006 concerning the European Year of Intercultural Dialogue (2008) OJ 30.12.2006 L 312/44.

83 ECOTEC, *Evaluation of the European Year of Intercultural Dialogue 2008, Final Report*, 2009, para 4.4.

84 J. Figel, “Europe is very much like a mosaic”, in FRA (ed.), *Equal Voices*, 2008, Issue 23, p. 6.

85 M. Kjærum, op. cit., p. 5.

86 ECOTEC, op. cit. (n. 83).

87 Decision 1983/2006, op.cit., para. 12.

88 ECOTEC, op.cit. (n. 83), para 4.4.

89 Idem., p. 22.

Union and its Member States.⁹⁰

The true catalyst for ICD was the Treaty of Lisbon and the Charter of Fundamental Rights (2009). They included the respect for cultural, linguistic and religious diversity as an objective of the EU.⁹¹ The Treaty further clarified that the EU shall respect the status of churches, religious associations or communities in the Member States as well as philosophical and non-confessional organizations. Art. 17 TEU stated expressly “recognizing their identity and their specific contribution, the Union shall maintain an open, transparent and regular dialogue with these churches and organizations”.⁹²

6. The re-emergence of ICD as a tool to fight racism and extremism

Diverse cultures are particularly prone to mutual stereotyping and thus to racism. An open dialogue between equals *contributes to the fight against prejudice and stereotypes in public life* and political discourse, and to coalition-building across diverse cultural and religious communities. Therefore, it can help *prevent or de-escalate conflicts* – including in situations of post conflict and “frozen conflicts”.⁹³ Dialogue reconciles cultural particularities, unlocks deep-rooted conflicts of memory and diverse values, and prevents their often violent political expressions.⁹⁴ Therefore intercultural dialogue may contribute to addressing major global challenges – such as conflict prevention and resolution, integration of refugees and countering violent extremism.

Indeed, the terrorist attacks demonstrated the problematic social inclusion of the established immigrants and refugees and their children in Europe. Children of migrants, who are now European citizens, but have not been successfully integrated in European societies, become radicalized and travel to combat zones to be trained to commit atrocities.⁹⁵ Upon their return to the EU, they threaten the internal security of the EU with terrorist attacks.

According to the European Commission, the factors that may conduce to radicaliza-

⁹⁰ OJ C 320, 16.12.2008, p. 10.

⁹¹ Art. 3 para. 3 of TEU and Art. 22 of the Charter of Fundamental Rights.

⁹² Art. 17 TFEU based on Declaration no. 11 annexed to the Treaty of Amsterdam.

⁹³ White Paper, op.cit. (n. 11), p. 17.

⁹⁴ UNESCO, *Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*, op.cit., p. 15.

⁹⁵ N. Gaitenidis, *What is the next step for intercultural dialogue in Europe? It is not only about the outsiders anymore. It is about European Citizens*, Thessaloniki, Observatory on EU Constitutional Values, Jean Monnet Centre of Excellence of University of Macedonia.

tion include: a pervasive sense of personal or *cultural alienation*, a perceived injustice or humiliation reinforced by *social marginalization*, xenophobia and discrimination, social exclusion based on limited education or *employment possibilities*, that may lead to criminality, such as religious fanaticism, family problems, personal trauma and other psychological problems. Recruiters reinforce or manipulate the vulnerabilities and grievances experienced by migrant youth.⁹⁶ In order to tackle discrimination and stigmatization of communities, “*intercultural and interfaith dialogue between communities is of particular importance. Community leaders and civil society need to be supported to foster exchanges and joint projects between different communities*”.⁹⁷

In addition, the influx of refugees, most of them coming from Euro-Mediterranean countries calls for the enhancement of ICD, in view of the rising racism and xenophobia as well as the threat to the safety of innocent citizens within the EU.

Since the terrorist attacks in January 7, 2015 (Charlie Hebdo shooting), intercultural dialogue has regained its prominent role in international and European policies as a tool against racism and now extremism as well.

On January 26, 2015, the Committee of Ministers of the Council of Europe issued a Recommendation on intercultural integration⁹⁸ in which it recommended to the 47 member states to take the urban model of intercultural integration into account when drafting, revising or developing their national policies on migrant integration.

The European Union has also intensified its work on the development of intercultural dialogue and intercultural skills. The EU sets new priorities in EU external relations fostering intercultural dialogue with third countries in order to promote security inside the EU. Intercultural and interfaith dialogue between communities is considered of particular importance.⁹⁹

On March 17, 2015, the EU Ministers of Education adopted the “*Paris Declaration on promoting citizenship and the common values of freedom, tolerance and non-discrimination through education*”.¹⁰⁰ The Declaration identified four overarching priorities for cooper-

96 European Commission, Communication, *Supporting the prevention of radicalisation leading to violent extremism*, COM(2016) 379 final, Brussels, 14.6.2016.

97 Idem, p. 11. The Commission has allocated EUR 4.5 million in 2016 to projects aimed to create better understanding between communities, including religious communities, to prevent and combat racism and xenophobia through interreligious and intercultural activities.

98 CM/REC (2015) 1 “*on intercultural integration*”, 26 January 2015.

99 Idem., p. 11.

100 “Paris Declaration on promoting citizenship and the common values of freedom, tolerance and non-discrimination through education” (8496/15), adopted at the Informal Meeting of the EU Education

ation in education at the EU level: to ensure that young people acquire social, civic and *intercultural competences*; to enhance critical thinking and *media literacy*, so as to develop resistance to discrimination and indoctrination; to foster the education of *disadvantaged* children and young people, tailored to address their needs; and promote intercultural dialogue through all forms of learning in cooperation with other relevant policies and stakeholders. These priorities aimed to combat racism, with particular attention on the use of the Internet and social media, and promote ICD, social inclusion and active citizenship.¹⁰¹ This Declaration focused on the importance of civic education in order to foster active dialogue between cultures as well as global solidarity and mutual respect.¹⁰²

After the Bataclan massacre in Paris, in November 2015, the European Parliament has adopted a Resolution on the role of intercultural dialogue.¹⁰³ In accordance with Article 167 para. 4 TFEU, intercultural dialogue and diversity should be integrated *in a transversal way in all EU policy areas* that impact on shared EU fundamental values and rights such as youth policy, education policy, mobility, employment and social affairs, external policies, women's rights and gender equality, trade and regional development.¹⁰⁴

One month later, in December 2015, the UN Security Council has urged all relevant actors to consider instituting mechanisms to promote a culture of peace, tolerance, intercultural and interreligious dialogue that involve *youth and discourage their participation in acts of violence, terrorism, xenophobia, and all forms of discrimination*.¹⁰⁵

A new impetus was also given to intercultural dialogue in the framework of EU External Affairs and Diplomacy. In 2016, the European Commission and the High Representative for Common Foreign Policy acknowledged that: a) the European Commission and the Council should adopt *intercultural dialogue as a strong and committed political objective of the EU* and guarantee EU support through various policy measures, initiatives and funds,¹⁰⁶ international cultural cooperation projects, people-to-people exchanges, and social debate in order to defuse tensions and encourage new narratives to counter

Ministers in Paris on 17 March 2015.

101 Education and radicalisation - the Paris Declaration one year on, https://ec.europa.eu/education/news/20160316-paris-declaration-education_el.

102 European Parliament, *Resolution on intercultural dialogue...*, op. cit. (n. 21), para. 28.

103 European Parliament, Resolution on the role of intercultural dialogue, cultural diversity and education in promoting EU fundamental values, 19 January 2016 (2015/2139(INI)).

104 Idem, para. 9.

105 Security Council, Resolution 2250 (2015), 9 December 2015, SC/12149, para. 13.

106 Join (2016) 29, op. cit., para. 41.

radicalization for peaceful inter-community relations.¹⁰⁷

b) Reciprocity, mutual learning and co-creation should underpin the EU's international cultural relations. Practical implementations of ICD are evident in the promotion of Youth Intercultural Dialogue among youth organizations in Europe, support for the Neighbourhood Civil Society Fellowships and support of the Young Arab Voices programme to deepen the dialogue between young leaders and civil society representatives in order to diffuse extremism and violent radicalisation. c) The European Commission and the member states should develop strategies which recognize intercultural dialogue as a process of *interactive communication within and between cultures* and find solutions to tackle the economic and social inequalities and causes of exclusion.¹⁰⁸ d) Media, including social media, may be used both as a potential platform for extreme discourses and as a vehicle for countering xenophobic narratives. Instead they should break down stereotypes and prejudices and promote tolerance.¹⁰⁹

With a view to the urgent need to eradicate racism and radicalisation, intercultural dialogue processes is needed more than ever in Europe. There is already a lot of experience on intercultural dialogue, thanks to the work of the Council of Europe and UNESCO, ERICarts, the Anna Lindh Foundation, and the various platforms involved e.g. the Rainbow Platform. Through education, ICD best practices, awareness raising, it is hoped that integration and social cohesion of the people that reside on the mosaic Europe will be achieved.

107 Idem, para. 3.2.

108 Idem, para. 39.

109 Idem, para. 39.

Καταπολέμηση των διακρίσεων σε χώρα υπερηφάνως ομοιογενή και δημοσιονομικώς ασφυκτιώσα

Κωστής Παπαϊωάννου

Θα αναπτύξω αρχικά μερικές σκέψεις για τη θέαση της ετερότητας ως παράγοντα που καθορίζει τον λόγο και τα έργα για την καταπολέμηση των διακρίσεων. Στη συνέχεια θα μιλήσω σύντομα για τον πρόσφατα ψηφισμένο νόμο και άλλες πρωτοβουλίες κατά των διακρίσεων. Θα κλείσω με μερικές ακόμα σκέψεις για την ανάγκη η συζήτηση περί διακρίσεων να παραμείνει σε επαφή με τη ζωντανή πραγματικότητα, να μην γίνεται εκτός πραγματικού πλαισίου.

Ο λόγος και η πράξη περί διακρίσεων στην Ελλάδα συναντούν δυο ισχυρούς περιορισμούς. Ο ένας είναι η παραδοσιακή αντίληψη που θέλει την ελληνική κοινωνία να έχει ως δομικό γνώρισμα την απόλυτη ομοιογένεια, κυρίως αναφορικά με στοιχεία ταυτοτικά: φυλετικά, πολιτισμικά, θρησκευτικά, σεξουαλικά. Η αντίληψη αυτή διατρέχει μεγάλο μέρος του κοινωνικού σώματος αλλά και των θεσμών. Χαρακτηριστικό παράδειγμα οι εκθέσεις της χώρας σε διεθνή όργανα. Προ λίγων ετών, το σχέδιο έκθεσης της Ελλάδας στην Επιτροπή για την Εξάλειψη των Φυλετικών Διακρίσεων των Ηνωμένων Εθνών (CERD), ξεκινούσε με τη διαπίστωση πως η Ελλάδα είναι μια σε τεράστιο βαθμό ομοιογενής χώρα, αποτελούμενη στη συντριπτική πλειονότητα από Έλληνες Χριστιανούς Ορθόδοξους.¹¹⁰ Χρειάστηκε μεγάλη συζήτηση και διατύπωση έντονης ανησυχίας προς το Υπουρ-

110 Συνδυασμένη δέκατη έκτη έως δέκατη ένατη περιοδική έκθεση της Ελλάδας στην Επιτροπή για την

γείο Εξωτερικών από την Εθνική Επιτροπή για τα Δικαιώματα του Ανθρώπου, της οποίας είχα τότε την τιμή να είμαι Πρόεδρος, για να γίνει αντιληπτό ότι αυτή η διατύπωση ήταν επιεικώς άστοχη. Πίσω από αυτήν την ποσοτικού περιεχομένου απόφαση, ανοιχτή φυσικά σε κριτική και αμφισβήτηση ως προς την ορθότητά της, κρυβόταν μια υπαινικτική πλην σαφής αποτύπωση της επίσημης προτίμησης της εθνικής ομοιογένειας έναντι της ετερότητας (συστατικού ενδεχομένως μιας κάποιας βαλκανικής παθογένειας). Ως τέτοια, η θέση αυτή ερχόταν σε αξιακή αντίθεση με τους ίδιους τους σκοπούς της CERD και δεν ήταν δύσκολο να υποθέσει κανείς ότι κατά την εξέταση της έκθεσης η συζήτηση θα επικεντρωνόταν αναπόφευκτα, με τρόπο αρνητικό για τη χώρα, σε αυτή την ολιγόλεκτη συμπύκνωση εθνικής αυτοεικόνας.

Η λατρεία της ομοιογένειας δεν είναι ελληνική πρωτοτυπία. Διεθνώς παρατηρείται μάλιστα εσχάτως έντονη νοσταλγία ενός ωραιοποιημένου παρελθόντος τάχα κοινής προκοπής, συνοχής, ομοιογένειας και μηδενικής ετερότητας. Συνδέεται με πρόσφατες πολιτικές εξελίξεις πέραν του Ατλαντικού και άλλες επαπειλούμενες στη γηραιά Ευρώπη. Η πρόταση του στόχου «πρώτα η Αμερική ξανά» ή «να κάνουμε τη Γαλλία μεγάλη ξανά» εμπεριέχει μια αμείλικτη ρήτρα ομοιογένειας. Ένα άτοπο πρόταγμα καθορίζει τα πράγματα και διαμορφώνει συλλογική συνείδηση. Άτοπο διότι προϋποθέτει μια σύλληψη εργαστηριακή, ότι μπορεί να υπάρχει κοινότητα αδιαφοροποίητη, ότι μπορεί να εξοριστεί η ίδια η ετερότητα, ότι μπορεί να καταργηθεί εάν πάψουμε να τη διαχειριζόμαστε. Όμως ακόμα και η έλλειψη πολιτικών διαχείρισης της ετερότητας είναι μια κάποια διαχείρισή της.

Η νοσταλγία της ομοιογένειας εύκολα επανέρχεται στον δημόσιο διάλογο όποτε προωθούνται θεσμικές αλλαγές για την καταπολέμηση των διακρίσεων. Είναι ο μανδύας της δυσανεξίας. Πίσω από τους ύμνους – εκκλησιαστικούς, πολιτικούς ή δημοσιογραφικούς – στο κλέος της παλαιάς, ασφαλούς Ελλάδας των Ελλήνων, δύσκολα κρύβεται η βαθιά δυσφορία για εκείνους που χρειάζονται την επέκταση του συμφώνου συμβίωσης στα ομόφυλα ζευγάρια διότι είναι ομόφυλο ζευγάρι οι ίδιοι ή εκείνους που υποστηρίζουν την ενίσχυση του νόμου κατά των διακρίσεων διότι υφίστανται διακρίσεις οι ίδιοι. Είναι μάλιστα χαρακτηριστικό ότι τις περιόδους που προωθούνται τέτοιοι νόμοι άρσης διακρίσεων στη δημόσια διαβούλευση και στη Βουλή τότε ακριβώς είναι που παράγεται το μεγαλύτερο φορτίο δυσανεξίας, ρητορικής μίσους και λόγου υπέρ των διακρίσεων. Η προσωπική μου εμπειρία από την περίοδο της δημόσιας διαβούλευσης για την επέκταση του συμφώνου συμβίωσης στα ομόφυλα ζευγάρια υπήρξε πολλαπλώς αποκαλυπτική και διδακτική. Στα χιλιάδες σχόλια στο Open.gov αλλά και στον δημόσιο διάλογο, στα ΜΜΕ, στα social media αλλά ακόμα και στη Βουλή, ήταν διάχυτη μια τοξική ρητορική, ένα φάσμα επιχειρημάτων που κυμαινόταν από τη Βίβλο ως την παιδοφιλία και τα κοινά ήθη.

Σε όλα αυτά, εύκολα διέκρινε κανείς ένα απλό γεγονός: οι φορείς αυτού του λόγου δεν αντιστέκονταν στο σύμφωνο συμβίωσης που θα χωρούσε τους ομοφυλόφιλους. Απλώς δεν μπορούσαν να συμβιβαστούν με την ιδέα ότι υπάρχουν ομοφυλόφιλοι. Ακόμα περισσότερο, ότι ερχόταν η Πολιτεία να αναγνωρίσει ότι υπάρχουν. Στην επόμενη ευκαιρία έκφρασης δυσανεξίας, στο δημόσιο διάλογο κατά την ψήφιση του νόμου για την Ίση Μεταχείριση,¹¹¹ ετέθη ευθέως το ζήτημα εάν μπορούν οι αλλόδοξοι ή οι αλλόφυλοι να επιζητούν ίση μεταχείριση και ισότητα.

Υπάρχει όμως και μια αντίστροφη νοσταλγία, ανώφελη και αποπροσανατολιστική. Η προσέγγιση του φορέα ετερότητας ως θύματος διακρίσεων μπορεί να λειτουργήσει στρεβλά εάν ιδωθεί στενά, μόνο μέσα από το πρίσμα μιας πολυπολιτισμικής ethnic lifestyle ευφορίας των δεκαετιών της μεταπολεμικής ανάπτυξης και της δυτικής ευημερίας, όταν η συζήτηση περί ετερότητας διεξαγόταν κυρίως από τις φωτισμένες πρωτοπορίες, από τις ελίτ, εκκινούσε από μια βάση πολιτικής, κοινωνικής και αισθητικής πρωτοπορίας, εμπνεόταν από την κρυφή γοητεία του κοσμοπολιτισμού και κυρίως είχε δεδομένο ένα εύρωστο κράτος πρόνοιας. Όμως το ζήτημα που εξετάζουμε σήμερα κυριαρχείται από διαδρομές κάθετων αποκλεισμών. Σε συνθήκες βίαιης δημοσιονομικής προσαρμογής και ακραίας ύφεσης η διαχείριση αυτή είναι σκληρή και συχνά βίαιη. Ο ταξικός της χαρακτήρας παροξύνεται. Η οικονομική κρίση αντανακλάται στην ετερότητα και επικαθορίζει τη διαχείρισή της. Η πίτα μικραίνει, οι δημοσιονομικές πολιτικές σκληραίνουν, η λιτότητα και ο δραστικός περιορισμός των δημόσιων δαπανών επιβάλλουν διαρκώς νέες διακρίσεις και αντιμάχονται στην πράξη την αντιμετώπισή τους. Τα μεσοστρώματα αποκτούν κάθετες διαιρέσεις, διαρκή καθοδική κινητικότητα, βιώνουν εξαιρέσεις και αποκλεισμούς, διασπώνται σε όλο και μικρότερα τμήματα που στροβιλίζονται στη δίνη της βιοτικής αδυναμίας. Η διαχείριση της ετερότητας εκτός από προνομιακό αντικείμενο διανοητικών ασκήσεων των ελίτ αποτελεί βιοτική προϋπόθεση και υλοποιείται ως συνθήκη ψυχρού κοινωνικού πολέμου για διευρυνόμενες ομάδες του πληθυσμού. Γύρω από τις περιφράξεις των δημοτικών σχολείων που μέλλεται να υποδεχτούν προσφυγόπουλα δεν μένεται μόνο ένας ιδεολογικός πόλεμος. Αντανακλάται και μια αμείλικτη κοινωνική πραγματικότητα. Οι μισαλλόδοξοι ακροδεξιοί εμπρηστές της κοινωνικής γαλήνης ξέρουν ότι ο φόβος των μικροαστικών μεσοστρωμάτων παροξύνεται διότι η κρίση θέτει σε αμφισβήτηση και τη δική τους πρόσβαση στην εκπαίδευση. Ο δεύτερος λοιπόν παράγοντας που καθορίζει τον λόγο και τα έργα για την καταπολέμηση των διακρίσεων είναι τα συντριπτικά πλήγματα

111 Ν. 4443/2016, Ενσωμάτωση της Οδηγίας 2000/43/ΕΚ περί εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης προσώπων ασχέτως φυλετικής ή εθνοτικής τους καταγωγής, της Οδηγίας 2000/78/ΕΚ για τη διαμόρφωση γενικού πλαισίου για την ίση μεταχείριση στην απασχόληση και την εργασία και της Οδηγίας 2014/54/ΕΕ περί μέτρων που διευκολύνουν την άσκηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων στο πλαίσιο της ελεύθερης κυκλοφορίας των εργαζομένων.

που επέφεραν η ύφεση και η πολιτική λιτότητας των τελευταίων ετών στη δυνατότητα να χρηματοδοτηθούν πολιτικές άρσης των διακρίσεων. Η συζήτηση για τις διακρίσεις με τους όρους του παρελθόντος αναπότρεπτα απολήγει μια συζήτηση αποκομμένη από την πραγματικότητα. Οι διακρίσεις όλο και λιγότερο θα είναι αποτέλεσμα αναχρονιστικών νόμων και σκουριασμένων προκαταλήψεων. Ολοένα και περισσότερο θα είναι στοιχείο εκ των ων ουκ άνευ για «να βγαίνει ο λογαριασμός».

Συνοψίζω αυτό το πρώτο μέρος των σκέψεών μου: η πρόσληψη της ετερότητας υπό το πρίσμα «μια γλώσσα, μια θρησκεία, μια ταυτότητα: η λατρεία του εθνικού ενός» αφενός, το οικονομικό και κοινωνικό πλαίσιο, η αποδιάρθρωση των εργασιακών σχέσεων, η αποδυνάμωση του κράτους πρόνοιας, η φτωχοποίηση αφετέρου, καθορίζουν τον λόγο περί διακρίσεων. Οι ίδιες συνθήκες δείχνουν και τα όρια αυτού του λόγου. Σε αυτό το σημείο θα επανέλθω στο τέλος.

Ακόμα και σε αυτό το πλαίσιο, έχουν γίνει σημαντικά βήματα, ενώ οι αντιδράσεις που προκλήθηκαν δείχνουν ότι τα βήματα αυτά δεν έχουν μόνο συμβολικό χαρακτήρα. Οι δυο πρόσφατοι νόμοι, για το Σύμφωνο Συμβίωσης¹¹² και την Καταπολέμηση των Διακρίσεων¹¹³ αποτελούν ισχυρά παραδείγματα.

Θα μου επιτρέψετε να αναφερθώ με συντομία στις νομοθετικές πρωτοβουλίες κατά των διακρίσεων που προωθήθηκαν με την ευθύνη της Γενικής Γραμματείας Διαφάνειας και Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και αποτέλεσαν κοπιώδες έργο νομοπαρασκευαστικής επιτροπής.

Ο ν. 4356/2015, με τη συμπερίληψη των ομόφυλων ζευγαριών στις προβλέψεις του συμφώνου, και μάλιστα ενός σταθερότερου και συνεκτικότερου συμφώνου από το ήδη υπάρχον, σηματοδοτεί ένα βήμα στην άρση των διακρίσεων και τη θεσμική αναγνώριση των ομόφυλων σχέσεων. Οι σχέσεις αυτές βρίσκονταν πάντα σε μια γκρίζα ζώνη θεσμικής άρνησης, χάνονταν στην επίσημη σιωπή. Επισημαίνω ενδεικτικά τρία σημεία του νόμου. Το ένα είναι ο ίδιος ο ορισμός του συμφώνου ως «συμφωνία δύο ενήλικων προσώπων, ανεξάρτητα από το φύλο τους». Πρόκειται για τομή στη μάχη κατά των διακρίσεων. Το άλλο είναι η καταχώριση του συμφώνου συμβίωσης σε ειδικό βιβλίο του Ληξιαρχείου. Δηλαδή, έχουμε συγκρότηση οικογενειακών δεσμών ενώπιον δημόσιας αρχής. Το τρίτο είναι η ανάλογη εφαρμογή νόμων που αφορούν συζύγους και στα μέρη του συμφώνου. Με άλλα λόγια, έχουμε πλαίσιο ισότητας.

Ο ν. 4443/2016 μεταφέρει τη σχετική αρμοδιότητα της παρακολούθησης και της προώθησης της εφαρμογής της αρχής της ίσης μεταχείρισης στον Συνήγορο του Πο-

112 Ν. 4356/2015 (ΦΕΚ Α' 181/24.12.2015), Σύμφωνο συμβίωσης, άσκηση δικαιωμάτων, ποινικές και άλλες διατάξεις.

113 Ν. 4443/2016, ό.π. (υποσ. 1).

λίτη. Κοιτώ τους λόγους διάκρισης όπως καταγράφονται στον νέο νόμο. Πρόκειται για το γνωστό «ανεξαρτήτως φυλής, χρώματος, εθνικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, αναπηρίας ή χρόνιας ασθένειας, ηλικίας, οικογενειακής ή κοινωνικής κατάστασης, σεξουαλικού προσανατολισμού, ταυτότητας ή χαρακτηριστικών φύλου». Σκέφτομαι ότι ορισμένοι είναι κοστοβόροι από πλευράς εθνικής αυτοεικόνας μιας υπερηφάνως ομοιογενούς χώρας (φυλής, χρώματος, εθνικής ή εθνοτικής καταγωγής, θρησκευτικών ή άλλων πεποιθήσεων, σεξουαλικού προσανατολισμού, ταυτότητας ή χαρακτηριστικών φύλου κλπ) και άλλοι είναι κοστοβόροι από πλευράς δημοσιονομικής διαχείρισης (αναπηρίας ή χρόνιας ασθένειας, ηλικίας, οικογενειακής ή κοινωνικής κατάστασης). Κάποιοι είναι και τα δυο. Σε κάθε περίπτωση, διατυπώνω έναν προσωπικό μου προβληματισμό για τη διαδικασία διαμόρφωσης ενός “shopping list” λόγων διάκρισης και τη διαρκή – και εύλογη – άσκηση πίεσης από ομάδες που επιθυμούν ο α΄ ή ο β΄ λόγος διάκρισης να ενταχθεί στη λίστα ή να αναχθεί σε άλλο επίπεδο προστασίας.

Σημαντική επίσης είναι η αναδιάταξη του πλέγματος του κοινωνικού διαλόγου με σκοπό τη συνεργασία μεταξύ συναρμόδιων φορέων και υπηρεσιών και την επανασύνδεση με την Κοινωνία των Πολιτών. Αξιοσημείωτη επίσης η διεύρυνση των λόγων ίσης μεταχείρισης. Άλλοι αρμοδιότεροι και ειδικότεροι από εμένα μπορούν να αναφερθούν στη σημασία της προσθήκης, στον τομέα της εργασίας και της απασχόλησης, ως λόγων διάκρισης της «χρόνιας ασθένειας», της «οικογενειακής κατάστασης», της «κοινωνικής κατάστασης». Επισημαίνω το περιεχόμενο του όρου «χρόνια ασθένεια» που ρητά αναφέρεται στον νόμο. Εννοούνται οι ασθένειες εκείνες που προκύπτουν είτε από παθήσεις είτε από ατύχημα και παρουσιάζουν τουλάχιστον ένα από τα παρακάτω χαρακτηριστικά: διάρκεια επ’ άπειρον και μη υφιστάμενη αναγνωρισμένη θεραπεία, υποτροπή ή πιθανότητα υποτροπής, μονιμότητα, μακροχρόνια παρακολούθηση, ιατρικές επισκέψεις και διαγνωστικές εξετάσεις, ενώ ο ασθενής χρειάζεται επανένταξη ή ειδική εκπαίδευση για να μπορέσει να την αντιμετωπίσει. Υπό το πρίσμα αυτό, η «οροθετικότητα» εντάσσεται στο προστατευτικό πλέγμα της «αναπηρίας ή χρόνιας ασθένειας».

Η προσθήκη του όρου «οικογενειακή κατάσταση» καθιστά σαφή την πρόθεση για μεγαλύτερη προστασία των ισχυρών βιοτικών δεσμών που αναπτύσσονται στο πλαίσιο της οικογενειακής ζωής ανεξαρτήτως του τύπου της ένωσης ενός ζεύγους. Κατά αυτόν τον τρόπο καθολικεύεται η εξίσωση μεταξύ των προβλεπόμενων στον Α.Κ. τύπων γάμου και του διευρυμένου συμφώνου συμβίωσης.

Επιπλέον, ως λόγος διάκρισης προβλέπεται η «κοινωνική κατάσταση» ως αποτέλεσμα κοινωνικού στιγματισμού ενός προσώπου λόγω της διακριτότητάς του ως μέλους ενός ιδιαίτερου κοινωνικού υποσυνόλου. Είχαμε κατά νου, επί παραδείγματι, πρώην χρήστες ουσιών ή πρώην φυλακισμένους.

Ας κρατήσουμε και την αντικατάσταση του αναχρονιστικού όρου «γενετήσιος προσανα-

τολισμός» από τον όρο «σεξουαλικός προσανατολισμός». Προφανής και η αξία της προσθήκης ως λόγου διάκρισης της «ταυτότητας φύλου» και «των χαρακτηριστικών φύλου». Εδώ θέλω να προσθέσω και τη σημασία της επικείμενης νομοθετικής πρωτοβουλίας για τη νομική αναγνώριση της ταυτότητας φύλου. Είμαι υπερήφανος που το σχετικό κείμενο ετοιμάστηκε από την Νομοπαρασκευαστική Επιτροπή με την ευθύνη της ΓΤΔΑΔ και χαίρομαι που υπάρχει σήμερα δέσμευση για την προώθησή του.

Θα ήθελα ακόμα να τονίσω ότι προστίθενται στις έννοιες των διακρίσεων οι ορισμοί¹ της «διάκρισης λόγω σχέσης», της «διάκρισης λόγω νομιζόμενων χαρακτηριστικών» καθώς και της «πολλαπλής διάκρισης» όπως οι όροι αυτοί διαπλάθονται από τη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ ή περιλαμβάνονται στη νομοθεσία άλλων κρατών μελών της ΕΕ. Η απαγόρευση των άμεσων δυσμενών διακρίσεων δεν περιορίζεται μόνο σε άτομα με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά, αλλά εκτείνεται και σε άλλα εφόσον αποδεικνύεται η αιτιώδης συνάφεια της λιγότερο ευνοϊκής μεταχείρισης των ατόμων αυτών με τη στενή σχέση τους με άτομα με ιδιαίτερα χαρακτηριστικά. Επιπροσθέτως, ως «διάκριση λόγω νομιζόμενων χαρακτηριστικών» νοείται η λιγότερο ευνοϊκή μεταχείριση ενός προσώπου που εικάζεται ότι διαθέτει συγκεκριμένα χαρακτηριστικά, τα οποία αποτελούν λόγο διάκρισης. Τον ίδιο προβληματισμό είχαμε κατά τις αλλαγές στην αντιρατσιστική νομοθεσία το 2015 και ως προς τη θυματοποίηση προσώπου σε περίπτωση εγκλήματος με ρατσιστικά χαρακτηριστικά, όταν δηλαδή η επιλογή του θύματος γίνεται λόγω νομιζόμενων χαρακτηριστικών. Για παράδειγμα, πρόσωπο συμμετέχει σε Gay Pride και δέχεται στις παρυφές της συγκέντρωσης ή μετά τη λήξη της επίθεση από ομάδα που τον στοχοποιεί ως ομοφυλόφιλο. Πιστεύω ότι δεν χρειάζεται να αποδειχτεί στο δικαστήριο ο α΄ ή β΄ σεξουαλικός του προσανατολισμός. Πολύ περισσότερο, ο πιθανός ετεροφυλόφιλος προσανατολισμός του δεν μπορεί να αναιρέσει το ρατσιστικό κίνητρο της επίθεσης: αρκεί το νομιζόμενο κριτήριο επιλογής του ως θύματος επίθεσης – τον θεωρούσαν ομοφυλόφιλο – για να τεκμηριωθεί ο ρατσιστικός χαρακτήρας της επίθεσης αυτής.

Θα ήθελα να επανέλθω, καταληκτικά, στην ανάγκη ο λόγος και οι δράσεις, νομοθετικές και άλλες, για την καταπολέμηση των διακρίσεων και την ενίσχυση της ίσης πρόσβασης να παραμένουν σε σύνδεση και συνάφεια με την κοινωνική πραγματικότητα. Αναφέρομαι στον κίνδυνο αυτονόμησης αυτού του πεδίου, τόσο σε επίπεδο ακαδημαϊκό και νομοθετικό όσο και σε επίπεδο διοικητικό. Διότι η πραγματικότητα, σε διεθνές και εθνικό επίπεδο, διαμορφώνει πλαίσιο βαθιών δομικών διακρίσεων και μεγάλων αποκλεισμών σε δυο επίπεδα. Το ένα επίπεδο είναι η ασκούμενη πολιτική απέναντι στο μεταναστευτικό και το προσφυγικό φαινόμενο. Η εθνική περιχαράκωση που κερδίζει έδαφος σε όλη την Ευρώπη απειλεί να σαρώσει θεμελιώδεις εγγυήσεις του μεταπολεμικού κράτους δικαίου

1 Σύμφωνα με τις Οδηγίες 2000/43/ΕΚ και 2000/78/ΕΚ.

αναφορικά με την προσφυγική προστασία και ενός κράτους συμπερίληψης αναφορικά με την αντιμετώπιση της φυλετικής ετερότητας εν γένει. Να γιατί – αν θέλουμε να είμαστε στοιχειωδώς συνεκτικοί και συνεπείς – δεν μπορούμε να μιλάμε για καταπολέμηση των διακρίσεων χωρίς ρητή αντίθεση στο κύμα ακραίου ξενοφοβικού νεοσυντηρητισμού που επανακαθορίζει την ευρωπαϊκή πολιτική ασύλου και μετανάστευσης. Γενικότερα, δε μπορούμε να μιλάμε για διακρίσεις χωρίς να αναφερόμαστε στην άνοδο της Ακροδεξιάς παλινόρθωσης που απειλεί το μεταπολεμικό κράτος δικαίου.

Το άλλο επίπεδο είναι το οικονομικό περιβάλλον. Η χωρίς προηγούμενο υπερσυγκέντρωση οικονομικής ισχύος που δε γνωρίζει εθνικά σύνορα, η απίσχνανση του οικονομικού ρόλου του έθνους-κράτους, η ενίσχυση υπερεθνικών και διεθνικών οικονομικών οργανισμών συνθέτουν την πορεία προς την ολοκλήρωση ενός παγκόσμιου συστήματος που χαρακτηρίζεται από αλληλουχία διεθνών κρίσεων. Ευρισκόμενοι στο κέντρο μιας τέτοιας κρίσης, βιώνοντας τον κομβικό ρόλο των διεθνών οργανισμών ως πιστωτών και ακολουθώντας μια αβέβαιη πορεία με οδόσημα τα προαπαιτούμενα δανειακών συμβάσεων, θα ήταν εξαιρετικά προβληματικό να συζητάμε για πολιτική κατά των διακρίσεων ερήμην των κοινωνικών επιπτώσεων όλων των προηγούμενων. Και μάλιστα, όσο εμβαθύνουμε στη συζήτηση για το επιμέρους, την επιμέρους ομάδα-θύμα διακρίσεων, τον ολοένα και ειδικότερο λόγο διάκρισης, τόσο κινδυνεύουμε να χάσουμε το δάσος της μαζικής και δομικής κοινωνικής αποδιοργάνωσης.

Η θεσμική ενίσχυση της προστασίας του ατόμου και της ομάδας από τις διακρίσεις υπήρξε παραδοσιακά πεδίο όπου διακρίθηκαν και πολλά προσέφεραν φιλελεύθεροι διανοούμενοι, νομικοί και υπέρμαχοι των δικαιωμάτων. Υπήρξε επίσης ένα πεδίο που ενίοτε συνάντησε την καχυποψία μέρους της Αριστεράς, ακριβώς επειδή συνήθως η προβληματική κατά των διακρίσεων εστιαζόταν στο επιμέρους, άτομο ή ομάδα, και δεν αρδεύονταν παράλληλα από πολιτική αντιμετώπιση των κοινωνικών ανισοτήτων που γεννούσαν μεγάλο μέρος από τις διακρίσεις αυτές. Ήταν δηλαδή ταξικά αδιάβροχη. Πιστεύω πως σήμερα, περισσότερο από ποτέ, η καταπολέμηση των διακρίσεων περνάει μέσα από την άρση πολιτικών που γεννούν τερατώδεις ανισότητες και αποκλεισμούς. Και αντίστροφα, η αντίθεση στο κυρίαρχο οικονομικό μοντέλο και κυρίως στην απόλυτη κυριαρχία του χρηματοπιστωτικού επί του πολιτικού χρειάζεται τη μακρά εμπειρία και τεχνογνωσία της θεσμικής καταπολέμησης των διακρίσεων. Αυτή είναι εξάλλου μια απτή αποτύπωση των αρχών του κράτους δικαίου στη ζωή του κάθε πολίτη. Ειδάλλως, χανόμαστε μεταξύ ενός ατελέσφορου δικαιωματισμού και ενός αδιέξοδου κενού πολιτικού βερμπαλισμού παλαιάς κοπής.

Acute Discrimination in the Field of Entrepreneurship: The case of Muslim Migrant and Roma Entrepreneurs in Contemporary Greece under Crisis

Joanna Tsiganou

1. Introduction

My contribution to the present conference involves the acute discrimination in the field of entrepreneurship suffered by Muslim migrant and Roma entrepreneurs in contemporary Greece under crisis. The argumentation is based on empirical research data, produced at EKKE during the implementation of a related EU research initiative which, in fact, helped towards the development of more themes than it was initially anticipated. Thus, in the field of entrepreneurship professed by Roma and Muslim immigrants in the contemporary Greek labour market, solid evidence was produced about current discriminatory perceptions and attitudes against Roma and Muslim immigrants in the enterprise sector of the Greek economy. As it was evidenced, acute discrimination underlines and undermines their social position in contemporary Greek society and employment structure.

2. Aspects of discrimination

The mapping of specific situations and conditions that prevent, delay or facilitate the development of professional and employment careers of Roma and Muslim immigrants in Greece, has shown that certain stereotypes exist contributing to the generation and enhancement of multiple, ever-going and intense discrimination in the labour market on the grounds of gender, ethnicity, age and religion.

Considering the case of Muslim immigrants, we have concluded that, although many migrants and people from ethnic minorities are motivated to become entrepreneurs, even in the midst of the current economic crisis, there are certain difficulties, specific to this group, which may prevent them from realising their business projects. Certain pressing problems have been identified, mainly related to access to finance capital, access to support services, language barriers, awareness of rights and their pursue and limited business, management and marketing skills. Most Muslim ethnic minority businesses are relatively small and manager-owned, and they operate in an urban environment.

In short, Muslim migrant entrepreneurship in Greece indicates that the number of Muslim migrant entrepreneurs is growing, albeit the economic crisis, as a *strategy of survival*. There is tremendous variation, since some ethnic groups are more active than other. Female entrepreneurship is non-existing. Tradition and customs impose significant impediments to women's entrepreneurial activity, or even employment activation away from their family environment. Religion poses further impediments as well. Appearances are also important since they provide grounds for multi-faced discrimination. Muslim migrant entrepreneurs are strong in classic vacancy-chain sectors such as retail trade, ethnic catering, but there are signs for their venture out to growth sectors such as personal and business services. Furthermore, they are to be found in the middle of working-class ethnic neighbourhoods, in the form of ethnic enclaves, rather than in central business districts and suburbs. Language barriers and lacking access to financial capital force many Muslim migrant entrepreneurs to the lower end of the market. In these markets, production is mainly small in scale, low in added value, and usually very labour-intensive; earnings are typically low, and days are long and hard. In general, bureaucratic rules and regulations may constitute barriers for entrepreneurs starting out, especially for those with language problems and poor educational qualifications. They find it hard to obtain credit loans or other forms of financial capital. Banks and other financial institutions tend to be reluctant to give credit loans to small migrant start-ups. Thus, Muslim migrant entrepreneurs are funnelled towards lower-end markets and resort to informal credit systems. They often rely on their relatives, who constitute a convenient, flexible and cheap pool of labour. Little information is available about the implications of this for labour relations. Many Muslim migrant entrepreneurs seem reluctant to ask for sup-

port or apply for outside help, or are not aware of the availability of support schemes.

Considering *the case of the Greek Roma entrepreneurs*, although it remains distinct from that of the Muslim immigrants, it also presents a common characteristic: that of discrimination endured by all travelling communities around the world, which is deeply embedded in the Roma case.

While some progress has been made in recent years towards the recognition of the Roma community, mainly owing to their Greek nationality, the application of equality status by official agencies is, in practice, still lacking. At the same time the majority of the Greek Roma population still attract a number of offensive labels and behaviours. In Greece also, as in other countries of Europe and the World, extreme discriminatory perceptions continue to thrive and ensure that the Roma communities are remaining marginalised in society. Thus, the existing strong stereotypical perceptions - similarly to what has been expressed elsewhere - also include that the Greek Roma are regularly labelled as cheats who do not pay taxes and do not pay for the services they receive on halting sites, that they are often associated with violent behaviour, and that they are labelled as being work shy.

However, as well as possessing its own cultural identity, language and oral customs, the traveller community of the Greek Roma has a long and proud tradition of craftsmanship and self-sufficiency. By culture and way of life they value enterprise. In the face of discrimination in accessing the waged labour market, many Roma have turned to self-employment as a solution to achieving an income that will sustain themselves and their families.

There are a number of key features to the Roma's involvement in economic activity that distinguishes this community from general economic activity. More specifically, aspects of nomadism are present where mobility makes marginal activity viable. There is also an evident focus on income generation rather than job creation. Extended families are present as the basic economic unit. In certain cases the home base and the work base is one and the same; or the residence and the business location are cited in the same neighbourhood. Flexibility exists often in response to market demands. Further competition - which has intensified in the midst of the current economic crisis, and more acutely with the arrival of migrant populations - for a smaller number of trading pitches in fewer markets had a negative impact on travellers who were not resourced or organised to compete. High license fees also reduced the opportunity for the Greek Roma who had no start-up capital or access to legitimate credit facilities.

The Greek Roma community is recognised generally as being a strong patriarchal society, and so the role of women is heavily orientated towards motherhood and home-keeping. Roma women, however, exhibit a strong character as mothers, home-makers and

carers, they have to make do with low incomes, in poor living circumstances, without basic facilities such as running water and sanitation. Lately, they are assisting in the family business, which in most cases has been inherited, and in doing so they help successfully in raising the family income. In addition to the gender-specific difficulties that women experience within the Roma community, there is also a clear gender dimension to the Roma women experiences of racism. The Greek Roma women, however, have less access to work and their unemployment levels run higher than those of men. The research confirmed that the majority of the Roma people are trapped in jobs in the informal labour market, without economically viable prospects. Most Roma are found to be in an intermediate state between employment and unemployment, while their employment status can be better described as survival workers. As to the ratio of the Roma women in the labour market, this is very weak to non-existent. It was also found that in the labour market there are some tasks (e.g. recycling, itinerant, scrap dealing), which are practiced almost exclusively by Roma, while in others (e.g. agricultural works) the percentage of Roma participation is also high but not so as to previous decades. The employment status of Roma is characterized by constant fight for survival and an endless cycle of insufficient working options. Their low educational credentials have also a great bearing on their engagement on low waged / low-paid jobs and low-skilled employment patterns.

The lack of educational credentials is considered by the Greek Roma themselves as the most important burden to their participation into the country's business activity. They also consider education to be their "way out" from social isolation, stereotypical stigmatisation and their vehicle towards sustainable employability.

Nevertheless, the Greek Roma case resembles to the case of Muslim immigrant entrepreneurs in considering the motivation for being involved in entrepreneurial activity. Our research has shown that in both cases the most important motives were risk propensity, the empty market segment and opportunity identification. It was also found that in the variables of "income", "customers" attraction" and "consequences from racist behaviors" the common attitudes exceeded the expectations of the researchers. In both populations, businesses are started up out of necessity. In both populations, people become entrepreneurs because they do not see other, more attractive, options (including salaried employment) to enter the labour market. Family obligations also play a role. Evidence also suggests that, in both cases, entrepreneurs tend to attribute more importance to the time flexibility that comes with being one's own boss, and this holds true in particular for women.

3. Concluding remarks

Our data analyses have shown that in Greece no forms of important entrepreneurship were witnessed, in terms of a “migrant economy” where immigrant businessmen infiltrate in branches of the economy previously held by native entrepreneurs and the surplus labour created includes migrant and native employees alike. The Greek case resembles to the model of “ethnic enclaves”, which include business where all stakeholders are coming from the same ethnic group (owners, employees, customers, traders etc.). This type of entrepreneurship is an urban phenomenon and is characterized by concentration to specific neighborhoods, which acquire the specific ethnic characteristic of the group. It was also proved that such businesses are in the service of the special consumer and cultural needs of the ethnic community rather than the broader community. Their closeness with the community creates a protected labor market which lives and thrives through compatriots, who at the same time provide the necessary but cheap employment personnel.

The theory of “blocked mobility” is also reaffirmed. There is ample evidence that the development of ethnic entrepreneurship in Greece is mainly due to the fact that the members of ethnic groups are facing important impediments to their inclusion to the host labor market and especially to salaried work. More specifically, ethnic populations are facing, on top of labor market discrimination, multiple discriminations due to lack of education and skills or employment credentials. As a result, the members of ethnic minority groups are obliged to turn to business or self-employment as a strategy for survival.

For the case of the Greek Roma the “dispositional” theory and the recruitment of the theory of “taste” are important in order to comprehend fully the dynamics of employability and entrepreneurship of “other” than the indigenous populations in this country.

Thus, considering both the case examples (Muslim immigrant entrepreneurs and Greek Roma entrepreneurs) one may validly consider that aspects of the mixed theory (i.e. mixed embeddedness theory) are present in asserting that the opportunity structures of the host country are of vital importance for the development of entrepreneurship, and the institutional framework of the host country should always be taken in consideration and not been discarded. This approach combines personal “agency” factors and structural conditions which were unearthed in our undertaking. The “model of mixed embeddedness” explicitly includes, beside personal factors, the political and economic context. As shown by the research results, the political and economic institutions are crucial in understanding both the obstacles and opportunities for aspiring entrepreneurs to start their own business. There was solid evidence that discrimination impedes upward social mobility. The Greek case is not indicative of an upward social mobility of those involved

in the “given-the-opportunity entrepreneurship” but rather of a “blocked social mobility” social structure. In this structure, survival remains the main strategy leading Muslim migrant and Roma entrepreneurship in Greece under crisis.²

² For more see, D. Balourdos and J. Tsiganou (eds.), *Combating Discrimination in the field of Entrepreneurship. Women and Young Roma and Muslim Immigrants*, Athens, Papazisis – EKKE. 2015.



ISBN: 978-618-81615-1-1

supported by
ONASSIS
FOUNDATION